El fallo que anuló la obediencia debida y el punto final


Texto completo




El fin del eufemismo

Por Horacio Verbitsky

El fallo del juez federal Gabriel Cavallo implica el fin del eufemismo.

Hasta ahora en decretos del Poder Ejecutivo, leyes del Congreso y resoluciones judiciales se había hablado de métodos ilegales para combatir el terrorismo subversivo. La Cámara Federal de la Capital dijo que los hechos habían obedecido a un plan criminal, pero juzgó apenas 700 casos y condenó a Videla, Massera & Cía. por homicidios, tormentos, privaciones ilegítimas de la libertad y reducciones a la servidumbre. Sólo contaban los artículos del Código Penal, concebido para regular las relaciones entre personas normales en tiempos normales. Esa lectura fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en 1986.

Debieron pasar quince años para que otro fallo histórico superara esa limitada perspectiva y calificara lo sucedido en la Argentina en la década de 1970 como un genocidio, delito de derecho internacional que ofende a toda la humanidad y que en forma imperativa clama por castigo. Por eso los tratados y convenciones que condenan esos delitos tienen prioridad sobre la ley nacional y descalifican las limitaciones temporales, las amnistías y las justificaciones de sus autores por el deber de obediencia, como ya habían declarado órganos de las Naciones Unidas y la OEA.

El fallo también vuelve operativo el artículo más citado y menos respetado de nuestra venerable Constitución: aquel que fulmina al órgano legislativo que conceda al ejecutivo la suma del poder público, o coloque a su merced la vida, el honor o las fortunas de los argentinos. No fue otro que el ex presidente Alfonsín quien dijo que la nulidad constitucional se extendía a los actos posteriores que perfeccionaran la asunción de la suma del poder público.

El estudio de abogados del mayor Jorge Olivera, que la jefatura de Estado Mayor del Ejército suministró al torturador policial Julio Simón, confía en que la Corte Suprema de Justicia volverá las cosas a su viejo quicio. El propio fallo que hoy publicamos ofrece las más sólidas razones para creer que la Corte no volverá a aislar a la Argentina del "pueblomundo, el género humano formando una sola sociedad superior y complementaria de las demás", según las palabras de Juan Bautista Alberdi.

Entretanto, el fin del eufemismo estimula a ejercer la conciencia reflexiva sobre nosotros mismos que el propio Alberdi consideró imperativa para constituir una Nación. De eso se trata.



Buenos Aires, 6 de marzo de 2001

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa Nro. 8686/2000 caratulada "Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años" del registro de la Secretaría Nro. 7 de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4; en particular, sobre el contenido de la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales de fs. 1153 y ss.

Y CONSIDERANDO:

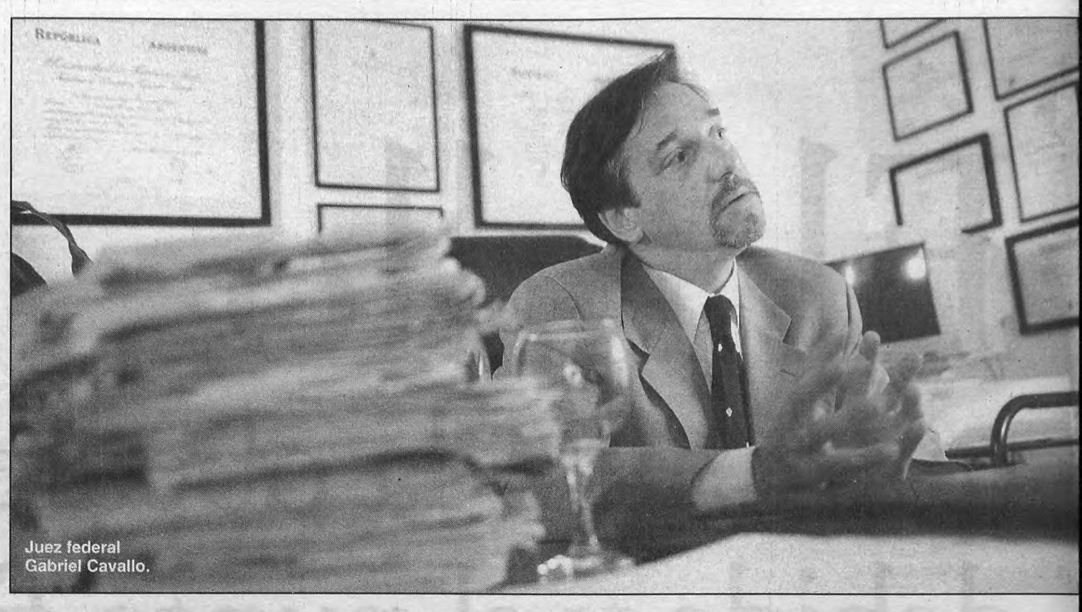
I. LA PRESENTACION

El 4 de octubre de 2000 se presentó en estas actuaciones el presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante CELS), Horacio Verbitsky, promoviendo querella criminal contra Carlos Guillermo Suárez Mason (ex comandante del I Cuerpo de Ejército), José Montes (ex segundo Comandante del I Cuerpo de Ejército), Andrés Aníbal Ferrero (ex segundo Comandante del I Cuerpo de Ejército), Bernardo José Menéndez (ex jefe del Grupo de Artillería de Defensa Aérea 101 del Ejército), Juan Carlos Avena (apodado "Capitán Centeno"), Martín Emilio Blottner, Juan Antonio del Cerro (apodado "Colores"), Gustavo Adolfo Eklund (apodado "El Alemán"), Raúl Antonio Guglielminetti, Guillermo Antonio Minicucci y Julio Simón (apodado "Turco Julián"). La querella sostiene que los nombrados resultan autores, cómplices y/o partícipes necesarios del delito de desaparición forzada cometido contra José Liborio Poblete Roa y Gertrudis Marta Hlaczik, quienes fueron detenidos el 28 de noviembre de 1978 y alojados ilegalmente en el centro clandestino de detención denominado "El Olimpo". Indica la querella que en la presente causa, el 20 de abril de 1998, el Fiscal Federal Horacio Comparatore formuló requerimiento de instrucción e impulsó la acción penal por la desaparición de la familia compuesta por José Liborio Poblete Roa, Gertrudis Marta Hlaczik y Claudia Victoria Poblete.

Para cumplir con el objeto de la presentación la parte querellante sostiene que se debe declarar la nulidad de las leyes 23.492 (comúnmente denominada "Ley de Punto Final") y 23.521 (comúnmente denominada "Ley de Obediencia Debida") atendiendo a los argumentos que se enuncian a continuación.

En la presentación la querella sostiene que dichas leyes son nulas porque se contradicen con lo estipulado por el Artículo 29 de la Constitución Nacional y que son inaplicables porque resultan contrarias a los principios más elementales del derecho internacional.

Con relación al primero de los argumentos el CELS afirma que el Artículo 29 de la CN prescribe la nulidad insanable de los actos o disposiciones que impliquen el ejercicio de facultades extraordinarias por parte de cualquiera de los poderes del Estado. En tal sentido, se indica que el dictado de las leyes 23.492 y 23.521 impiden la sanción de delitos (considerados en algunos casos crímenes contra la humanidad) cometidos por las Fuerzas Armadas y de seguridad durante el gobierno que usurpó el poder entre 1976 y 1983. Así, manifiestan que la no vigencia del estado de derecho durante ese período de la historia argentina sumada al control del poder absoluto por parte de las Fuerzas Armadas tuvo como consecuencia el avasallamiento de todas las garantías individuales protegidas por la Constitución. De este modo, se afirma que las leyes de "Obediencia Debida" y "Punto Final" consagran la impunidad de hechos aberrantes e impiden lafacultad propia del Poder Judicial para juzgar esos delitos configurándose, de esta manera, la situación que el Artículo 29 de la CN pretende evitar. Por tales motivos, la querella afirma que esos actos legislativos carecen absolutamente de efectos jurídicos desde el momento de su sanción y que no deben ser aplicados por los tribunales nacionales. También sostiene que las causas judiciales que en su momento fenecieron en razón de esos actos deben continuar según su estado y que, además, se debe permitir el inicio de acciones que nunca se presentaron. En torno a la doctrina del Art. 29 de la CN, la querella agrega que en dicha norma se establece que los actos que implican la concesión o la asunción de la suma del poder público no son amnistiables porque implicarían conceder facultades extraordinarias por las que "la vida, el honor y la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna". En apoyo de esta posición citó de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los precedente registrados en Fallos 234:16 y 309:1657; de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal los casos "Fernández, Marino A. y Argemi, Raúl s/tenencia de arma de guerra", Sala I, causa nro. 18.057; y "Rolando Vieira, Domingo Manuel y otros s/infracción arts. 189 bis y 292 del Código Penal", Sala II, causa nro. 3438.



Juez federal Gabriel Cavallo.

En cuanto al segundo de los fundamentos de la presentación, esto es la incompatibilidad de las leyes de "Obediencia Debida" y "Punto Final" con los principios del derecho internacional, el CELS sostiene que la represión llevada a cabo por el último gobierno militar dejó un saldo de miles de víctimas de violaciones de derechos humanos, y que estas violaciones quedaron sin castigo en virtud de las mencionadas leyes y de los indultos presidenciales.

La querella argumenta que el derecho internacional impone a los Estados el deber de garantizar los derechos humanos investigando, enjuiciando y sancionando a los autores de las violaciones y que, por ese motivo, al sancionar las leyes citadas, el Estado argentino violó el derecho internacional. Así, se afirma que toda normativa infraconstitucional que contraríe las pautas del derecho internacional y del derecho de gentes (incorporadas al ordenamiento jurídico interno a partir de lo establecido por el Artículo 118 de la Constitución Nacional) resulta inaplicable.

EL CELS concluye la petición indicando que

> ***En la presentación la querella sostiene que dichas leyes son nulas porque se contradicen con lo estipulado por el Artículo 29 de la Constitución Nacional y que son inaplicables porque resultan contrarias a los principios más elementales del derecho internacional.***

los delitos cometidos desde el aparato del Estado constituyeron no sólo violaciones de derechos humanos, sino también, por su escala, volumen y gravedad, crímenes contra la humanidad de acuerdo al derecho internacional. En tal sentido, sostiene la querella que el crimen de lesa humanidad es un crimen de derecho internacional y de ello se deriva que su contenido, su naturaleza y las condiciones de su responsabilidad son establecidas por el derecho internacional con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados. En la misma dirección el CELS asevera que no cabe posibilidad jurídica alguna de que las violaciones a los derechos humanos más fundamentales no sean sometidas a juicio y sus autores castigados. Según este razonamiento, la obligación internacional de un Estado de juzgar y castigar a los responsables de crímenes contra la humanidad es una norma imperativa del derecho internacional que pertenece a la categoría de ius cogens. En tal sentido, se consigna en la presentación que las características que distinguen a este tipo de crímenes son: la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y la imposibilidad de invocar la eximente de obediencia debida como justificación.

Finalmente, la querella solicitó que se cite a prestar declaración indagatoria a quienes resulten autores, cómplices o partícipes necesarios de los delitos denunciados, que se declare la nulidad de las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" y que, oportunamente, se impongan las condenas que correspondan.

II. OBJETO PROCESAL DE LA PRESENTE CAUSA, CONTEXTO HISTORICO Y ANTECEDENTES

A) Objeto procesal de la causa y objeto de esta resolución

Las actuaciones que dieron origen a la presente causa se iniciaron a raíz de una querella presentada por la Dra. Alcira Ríos, en representación de la Sra. Buscarita Imperi Roa, quien denunció que el día 28 de noviembre de 1978 las denominadas "fuerzas conjuntas" secuestraron a su hijo José Liborio Poblete Roa, a su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y a su nieta Claudia Victoria Poblete. En dicha querella se expresó que distintas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, señalaban que el militar retirado Ceferino Landa y su esposa, Mercedes Beatriz Moreira, tenían en su poder a Claudia Victoria Poblete anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa. Por este hecho el 20 de abril de 1998, el fiscal de la causa, Horacio Comparatore, impulsó la acción penal para que se investigara el hecho denunciado por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

Luego de efectuar las medidas de investigación correspondientes, se logró establecer efectivamente que Claudia Victoria Poblete se encontraba con vida y que había vivido bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa desde poco tiempo después de que las fuerzas armadas la privaran de su libertad a los ocho meses de edad.

El 25 de febrero de 2000 se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira por los delitos comprendidos por los artículos 139 inc. 2, 146 y 293 del Código Penal, y se ordenó declarar la nulidad de la inscripción del nacimiento de Mercedes Beatriz Landa como hija de los anteriormente nombrados. Este auto de mérito fue confirmado por la Sala II de la Excma. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal el 11 de mayo del mismo año.

Con posterioridad, y dado que de la prueba producida surgían elementos como para imputar a otras personas por los hechos investigados, se corrió vista al Ministerio Público a los efectos de que formulara requerimiento de instrucción para ampliar el objeto de investigación. Por ello, el 7 de julio de 2000, el fiscal Comparatore, formuló dicho requerimiento en estos términos: "De acuerdo a los elementos colectados en las presentes actuaciones, la menor Claudia Victoria Poblete fue secuestrada junto con sus progenitores José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik el 28 de noviembre de 1978. Esta familia, de acuerdo con los elementos colectados en autos ha permanecido detenida en el centro de detención clandestina conocido como 'El Olimpo', lugar éste en que el matrimonio Poblete fuera despojado de su hija Claudia, mediante el artilugio de que sería devuelta a sus abuelos, hecho éste que jamás tuvo lugar".

Como resultado de la petición fiscal, y luego de evaluar la prueba producida, se ordenó la detención de Juan Antonio Del Cerro (apodado "Colores") y de Julio Héctor Simón (apodado "Turco Julián"). Una vez habidos, y luego de escuchar sus descargos, Del Cerro y Simón fueron procesados el 1 de noviembre de 2000 por el hecho de haber secuestrado, retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete (art. 146 del Código Penal), y se les decretó, consecuentemente la prisión preventiva. El 8 de febrero del corriente año este auto de procesamiento fue confirmado por la Sala II de la Excma. Cámara del fuero.

Concordantemente con lo expuesto por la querella del CELS y lo descripto por el Sr. Agente Fiscal en la ampliación del requerimiento efectuada el 7 de julio de 2000, la Cámara indicó que la investigación de la presente causa debía abarcar los hechos ilícitos de que fueran víctimas los padres de Claudia Victoria Poblete. En estos términos, al final de dicharesolución, la Cámara expresó: "Previo a concluir, ha de destacarse que llama la atención de los suscriptos la particular circunstancia que surge de los diversos testimonios y constancias incorporadas en estas actuaciones, en cuanto se desprende de ellos que cuando los menores que permanecieron o nacieron en cautiverio en 'El Olimpo' fueron efectivamente entregados a sus familiares, posteriormente sus padres recuperaron su libertad; en tanto que en los casos en los cuales los niños no fueron devueltos a sus abuelos (como el del matrimonio Poblete y su hija Claudia Victoria, y el de Lucía Tartaglia y su hija) sus padres permanecen aún como detenidos–desaparecidos, extremos que a juicio del Tribunal y conforme la opinión que sentara en su resolución, en la causa n 16.071 'Astiz, Alfredo s/nulidad' (reg. n 17.491 del 4–5–2000), constituyen elementos bastantes que ameritan profundizar la pesquisa en autos en torno a tal coincidencia y encaminar y ampliar la investigación en relación a los ilícitos de que fueran víctimas tales progenitores...".

Por consiguiente, para avanzar en la presente investigación penal con respecto a los hechos ilícitos de que fueran víctimas José Poblete y Gertrudis Hlaczik resulta necesario evaluar la viabilidad del pedido de la querella para citar a prestar declaración indagatoria a las personas que se imputan en la presentación de fs 1153 y ss.

> ***También sostiene que las causas judiciales que en su momento fenecieron en razón de esos actos deben continuar según su estado y que, además, se debe permitir el inicio de acciones que nunca se presentaron.***

La viabilidad de dicho pedido, depende, en este caso, de dos circunstancias.

La primera, como sucede con cualquier investigación penal regida por las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, depende del mérito que exista en la causa para imputar a una persona la posible comisión de un hecho ilícito. En definitiva, esta circunstancia depende de las pruebas que existan en el expediente para sostener la imputación.

La segunda circunstancia que hay que tener en cuenta en este caso para proseguir la investigación criminal (con todas las consecuencias que ello implica) respecto de las personas por las que se solicita la citación a prestar declaración indagatoria, está constituida por la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, dado que estas disposiciones legales comparten el efecto final de impedir la persecución penal con relación a los hechos comprendidos por ellas, entre lo que se encuentran los sufridos por José Poblete y Gertrudis Hlaczik.

Con relación al primer punto, considero que en el presente caso existen elementos de prueba suficientes como para recibirles declaración indagatoria a Julio Héctor Simón ("Turco Julián")

El fallo que anuló la obediencia debida y el punto final

Texto completo

y a Juan Antonio Del Cerro ("Colores") con relación a los hechos ilícitos sufridos por José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik en su calidad de detenidos-desaparecidos. Los elementos que se tienen en consideración para ello son, entre otros, los siguientes: a) declaración testimonial de fs. 614/15 de Susana Caride; b) declaración testimonial de fs. 759/60 de Isabel Cerruti; c) declaración testimonial de fs. 620/22 y ampliación de fs. 761 de Isabel M. Fernández Blanco; d) declaración testimonial de fs. 754/56 de Juan Agustín Guillen; e) declaración testimonial de fs. 757/58 de Gilberto Rengel Ponce; f) declaración testimonial de fs. 770/71 de Jorge Enrique Robasto; g) declaración testimonial de fs. 773/74 de Mónica Evelina Brull; h) documentación aportada por la testigo Susana Caride agregadas a fs. 578/613, consistente en declaración brindada por la nombrada en la causa 13/84, declaración no jurada de Juan Antonio Del Cerro brindada ante la Excma. Cámara del Fuero, artículo del periodista Martín Caparrós, recorte del diario "Crónica" del 5–4–1984, lista de represores del Olimpo; i) legajos remitidos por la Subsecretaría de Derechos Humanos a 751, agregados a fs. 631/750, consistente en, entre otras cosas, declaraciones ante la CONADEP de Juan Agustín Guillen, Susana Caride, Elsa Lombardo, Víctor Basterra, Carlos Enrique Ghezan, Isabel Fernández Blanco; j) declaración de fs. 800/13 de Hugo Merola; k) declaración de fs. 816/27 y828/49 de Jorge Robasto; l) declaraciones de fs. 851 a 878 de Mario Cesar Villani, listas de represores y secuestrados producida por Mario Villani de fs. 882/91; m) declaraciones del legajo de CONADEP de Graciela Trotta de fs. 895/907 y 914, como asimismo la declaración de la nombrada prestada ante este Juzgado el 13 de octubre del corriente año; n) lista de secuestrados de la CONADEP de fs. 908/11; ñ) lista de represores de la CONADEP de fs. 912/13; o) informe acompañado a fs. 918 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y que se encuentra agregado a fs. 971 en adelante, consistente en un informe del C.C.D. el Olimpo de detenidos en dicho lugar; o) sentencia pronunciada por el pleno de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en la "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", en especial casos, 93 y 94; p) Informe producido por la "Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas" denominado "Nunca Más", en especial el capítulo II "Víctimas –La represión no respetó inválidos ni lisiados".

Con relación al segundo punto que se debe observar en este caso; esto es, el escollo que significan las leyes 23.492 y 23.521 para poder recibirles declaración indagatoria a Del Cerro y Simón, a lo largo de esta resolución se demostrará que estas leyes resultan nulas de acuerdo con lo previsto por el artículo 29 de la Constitución Nacional y, que resultan inválidas para el ordenamiento jurídico argentino (que incluye entre su normativa al derecho internacional general y contractual), con lo que se concluirá que, este Juzgado se encuentra en condiciones de recibirles declaración indagatoria a los nombrados, y consecuentemente, que el Poder Judicial y el Ministerio Público se encuentran en condiciones de ejercitar la acción penal en el marco de sus respectivas competencias procesales y funcionales.

Sentado ello, y teniendo en cuenta las especiales características que reviste el presente caso, resulta ineludible comenzar su análisis con una descripción y evaluación del contexto histórico en el que los hechos que constituyen el objeto procesal de la presente causa ocurrieron.

B) Contexto histórico: Situación institucional de la República Argentina a partir del 24 de marzo de 1976

Como es de público conocimiento y como ha sido acreditado en la causa nro. 13 del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (también denominada "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", en adelante se la denominará "Causa 13") el 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas derrocaron al gobierno constitucional que encabezaba Isabel Martínez de Perón y asumieron el control de los poderes públicos En este contexto, se dictó el Acta, el Estatuto y el Reglamento del "Proceso de Reorganización Nacional" y se relegó a la Constitución Nacional a la categoría de "texto supletorio".

El contenido del "Acta para el Proceso de Reorganización Nacional" (publicada el 29 de marzo de 1976) era el siguiente:

"En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los veinticuatro días del mes de marzo del año mil novecientos setenta y seis, reunidos en el Comando General del Ejército, el Comandante General del Ejército, Teniente General D. Jorge Rafael Videla, el Comandante General de la Armada, Almirante D. Emilio Eduardo Massera y el Comandante General de la

> ***En cuanto a la llegada por la fuerza de la junta militar al poder, cabe recordar que no existió sentencia judicial alguna –luego de terminado el gobierno de facto– para quienes usurparon el poder por el hecho de haber derrocado al gobierno constitucional***

Fuerza Aérea Argentina, Brigadier General D. Orlando Ramón Agosti, visto el estado actual del país, proceden a hacerse cargo del Gobierno de la República. Por ello resuelven: 1. Constituir la Junta Militar con los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas de la Nación, la que asume el poder político de la República. 2. Declarar caducos los mandatos delPresidente de la Nación Argentina y de los Gobernadores y Vicegobernadores de las provincias. 3. Declarar el cese de sus funciones de los Interventores Federales en las provincias al presente intervenidas, del Gobernador del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y del Intendente Municipal de la Ciudad de Bs. As. 4. Disolver el Congreso Nacional, las Legislaturas Provinciales, la Sala de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los Consejos Municipales de las provincias u organismos similares. 5. Remover a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador General de la Nación, y a los integrantes de los Tribunales Superiores Provinciales. 6. Remover al Procurador del Tesoro. 7. Suspender la actividad política y de los Partidos Políticos, a nivel nacional, provincial y municipal. 8. Suspender las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y de profesionales. 9. Notificar lo actuado a las representaciones diplomáticas acreditadas en nuestro país y a los representantes argentinos en el exterior, a los efectos de asegurar la continuidad de las relaciones con los respectivos países. 10. Designar, una vez efectivizadas las medidas anteriormente señaladas, al ciudadano que ejercerá el cargo de Presidente de la Nación. 11. Los Interventores Militares procederán en sus respectivas jurisdicciones por similitud a lo establecido para el ámbito nacional y a las instrucciones impartidas oportunamente por la Junta Militar. Adoptada la resolución precedente, se da por terminado el acto, firmándose cuatro ejemplares de este documento a los fines de su registro, conocimiento y ulterior archivo en la Presidencia de la Nación, Comando General del Ejército, Comando General de la Armada y Comando General de la Fuerza Aérea."

Por su parte, en el Estatuto para el "Proceso de Reorganización Nacional" se establecía lo siguiente: "Considerando que es necesario establecer las normas fundamentales a que se ajustará el Gobierno de la Nación en cuanto a la estructura de los poderes del Estado y para el accionar del mismo a fin de alcanzar los objetivos básicos fijados y reconstruir la grandeza de la República, la Junta Militar, en ejercicio del poder constituyente, estatuye: Art. 1. La Junta Militar integrada por los Comandantes Generales del Ejército, la Armada, y la Fuerza Aérea, órgano supremo de la Nación, velará por el normal funcionamiento de los demás poderes del Estado y por los objetivos básicos a alcanzar, ejercerá el Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas y designará al ciudadano que con el título de Presidente de la Nación Argentina desempeñará el Poder Ejecutivo de la Nación. Art. 2. La Junta Militar podrá, cuando por razones de Estado lo considere conveniente, remover al ciudadano que se desempeña como Presidente de la Nación, designando a su reemplazante, mediante un procedimiento a determinar. También inicialmente removerá y designará a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. [...] Art.5. Las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el Presidente de la Nación, con excepción de aquellas previstas en los artículos 45, 51 y 52 y en los incisos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del artículo 67. Una Comisión de Asesoramiento Legislativo intervendrá en la formación y sanción de las leyes, conforme al procedimiento que se establezca. Art. 8. La Comisión de Asesoramiento Legislativo estará integrada por nueve Oficiales Superiores designados tres por cada una de las Fuerzas Armadas. [...] Art. 12. El PEN proveerá lo concerniente a los gobiernos provinciales, y designará a los Gobernadores, quiénes ejercerán sus facultades conforme a las instrucciones que imparta la Junta Militar. Art. 13. En lo que hace al Poder Judicial Provincial, los Gobernadores Provinciales designarán a los miembros de los Superiores Tribunales de Justicia y Jueces de los Tribunales Inferiores, los que gozarán de lasgarantías que fijen las respectivas Constituciones Provinciales, desde el momento de su nombramiento o confirmación. Art. 14. Los Gobiernos Nacional y Provinciales ajustarán su acción a los objetivos básicos que fijó la Junta Militar, al presente Estatuto y a las Constituciones Nacional y Provinciales en tanto no se opongan a aquellos".

Mediante lo que se conoció como "Ley 21.256" se aprobó el texto del "Reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar, Poder Ejecutivo Nacional y la Comisión de Asesoramiento Legislativo", en cuyas partes centrales, se establecía lo siguiente: "1. Junta Militar. 1.1 Integración. Estará integrada por los tres Comandantes Generales. 1.2 Jerarquía y carácter. Será el órgano supremo del Estado encargado de la supervisión del estricto cumplimiento de los objetivos establecidos. 1.3 [...] Poder Ejecutivo Nacional (PEN). 2.1. Designación. Será un Oficial Superior de la Fuerzas Armadas designado por la Junta Militar... 2.5. Juramento. Al tomar posesión de su cargo prestará juramento ante la Junta Militar y en los siguientes términos: 'Sr. N.N. juráis por Dios nuestro Señor y estos Santos Evangelios desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente de la Nación Argentina y observar y hacer observar fielmente los Objetivos Básicos fijados, en el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional y la Constitución de la Nación Argentina "– Sí juro. " Si así no lo hicierais, Dios y la Patria os lo demanden' [...] ".

Lo relatado hasta aquí demuestra que quienes derrocaron al gobierno constitucional establecieron un sistema por el cual las Fuerzas Armadas asumieron para sí el control de todos los poderes del estado, reglamentando cómo se estructuraban las distintas funciones de la Nación. Los contenidos del Acta, del Estatuto y del Reglamento nos demuestran sólo el aspecto formal de cómo iba a ser llevado adelante el gobierno.

En cuanto a los objetivos que el gobierno militar se propuso, se conoció, el 29 de marzo de 1976, un acta en la que se fijaban los propósitos del gobierno usurpador. Sintéticamente podemos decir que se pretendía: "Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia, imprescindible para reconstruir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia, republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del Pueblo Argentino (art. 1). Se pretendía también como objetivo imponer la vigencia de los valores de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino, la vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión y las causas que favorecían su existencia (art. 2).

En el marco de los objetivos propuestos, a poco de iniciado el gobierno dictatorial se produjeron reformas legislativas importantes en concordancia con las proclamas descriptas. Por ejemplo, se restableció la pena de muerte; se declararon ilegales las organizaciones políticas sociales y

> ***Además de las nuevas funciones institucionales que se describían en las Actas y Reglamentos del Proceso de Reorganización Nacional se estableció en el país un* sistema de represión clandestino *mediante el cual se llevaron a cabo procedimientos paralelos e ilegales***

sindicales y, se estableció la jurisdicción militar para civiles (cfr. decretos leyes 21.325, 21.322, 21.338, 21.264, 21.268, 21.460 y 21.461). Una descripción acabada del sistema normativo vigente a partir del 24 de marzo de 1976 se puede consultar en el "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina" producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, Aprobado por la Comisión en su 667ª. sesión del 49 período de sesiones celebrada el 11 de abril de 1980, p. 23, nota 16).

Para cumplir dichos objetivos y para llevar a cabo el plan clandestino de represión –al que se hará referencia seguidamente–, el gobierno militar dividió al país en cinco zonas –que a su vez se dividían en subzonas– que se correspondían cada una con un Cuerpo de Ejército.Así, el Comando de Zona I dependía del Primer Cuerpo de Ejército, y su sede principal estaba en la Capital Federal, y comprendía, las provincias de Buenos Aires, La Pampa y la Capital Federal; el Comando de Zona II dependía del Segundo Cuerpo de Ejército que se extendía por Rosario, Santa Fe, y comprendía las provincias de Formosa, Chaco, Santa Fe, Misiones, Corrientes y Entre Ríos; el Comando de Zona III dependía del Comando del Tercer Cuerpo de Ejército y abarcaba las provincias de Córdoba, Mendoza, Catamarca, San Luis, San Juan, Salta, La Rioja, Jujuy, Tucumán y San-



Jorge Rafael Videla: poderes ilimitados como dictador.

tiago del Estero, la sede principal se encontraba en la ciudad de Córdoba; el Comando de Zona IV dependía del Comando de Institutos Militares y su radio de acción abarcó la guarnición militar de Campo de Mayo, junto con algunos partidos de la provincia de Buenos Aires; el Comando de Zona V dependía del Quinto Cuerpo de Ejército, abarcaba las provincias de Neuquén, Rió Negro, Chubut y Santa Cruz y algunos partidos de la provincia de Buenos Aires (esta descripción ha sido tomada de fs. 8359 y ss. de la sentencia del 2 de diciembre de 1986 pronunciada en la Causa Nro. 44 del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, también denominada "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional", en adelante se la mencionará como "Causa 44").

En cuanto a la llegada por la fuerza de la junta militar al poder, cabe recordar que no existió sentencia judicial alguna –luego de terminado el gobierno de facto– para quienes usurparon el poder por el hecho de haber derrocado al gobierno constitucional y por haber dispuesto todo este nuevo mecanismo de administración de los poderes de la Nación. Sobre este punto en particular se inició una causa que quedó identificada con el Nro. 4852 caratulada "Videla, Jorge Rafael; Massera, Emilio Eduardo; y Agosti, Orlando Ramón s/inf. Art. 226 del Código Penal", que tramitó ante este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4. Ninguna persona fue condenada por los delitos que implicaron el atentado contra la estabilidad de los poderes establecidos por la Constitución Nacional, a pesar de que en el art. 226 del Código Penal se establecía como hecho ilícito alzarse en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales., En las mencionadas actuaciones, el 8 de mayo de 1991, resultaron sobreseídos definitivamente Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera y Orlando Ramón Agosti, luego de haber sido indultados mediante el decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional (cfr. fs. 1950/1 de las mencionadas actuaciones).

C) El sistema clandestino de represión

Lo relatado hasta aquí nos permite aproximarnos a la cuestión que se tratará en este capítulo y que nos permitirá tener una completa información sobre el contexto en el que se llevaron a cabo los hechos ilícitos que sufrieron José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik.

Así las cosas, además de las nuevas funciones institucionales que se describían en las Actas y Reglamentos del Proceso de Reorganización Nacional se estableció en el país un **sistema de represión clandestino** mediante el cual se llevaron a cabo procedimientos paralelos e ilegales para reprimir a toda forma de oposición al régimen de facto.

Son varios los documentos y sentencias a los que se puede recurrir para demostrar la existencia y la manera en que operaron las fuerzas armadas dentro del sistema clandestino. Se tomarán aquí los que han sido considerados más trascendentes y más ilustrativos de la situación.

En la sentencia pronunciada el 9 de diciembre de 1985, en la denominada "Causa 13", la Cámara Federal en pleno sostuvo: "En suma, puede afirmarseque los comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió; por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o Justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física".

En esa sentencia también se tuvo por acreditado que para llevar adelante el plan criminal las fuerzas armadas dispusieron de los siguientes centros clandestinos de detención: "La Perla", "La Ribera", "Fábrica Militar de Armas Portátiles Domingo Matheu", "Batallón de Comunicaciones Nro. 121", "Regimiento Nro. 29 de Infantería de Monte", "Compañía de Arsenales Miguel de Azcuénaga", "Campo de Mayo", "Monte Pelone", "La Escuelita: Bahía Blanca", "La Escuelita de Famaillá", "Regimiento Nro. 181 de Comunicaciones", "Compañía de Comunicaciones de Montaña", "GADA E 101", "Hospital Posadas", "Radar de la Base Aérea Mar del Plata", "Automotores Orletti", "El Banco", "Olimpo", "Coordinación Federal o Superintendencia de Seguridad Federal", "Atlético", "Policía de la Provincia de Jujuy (centro Guerrero)", "Policía de la Provincia de Santa Fe (Jefatura de la Policía de Rosario)", "Policía de la Provincia de Tucumán (Jefatura de Policía)", "Policía de la Provincia de Formosa", "C.O.T.I Martínez", "Puesto Vasco", "Pozo de Bánfield", "Brigada de Investigaciones de Quilmes o Pozo de Quilmes", "Brigada de Investigaciones de La Plata", "Comisaría Quinta de La Plata", "Arana", "Brigada de Investigaciones de Las Flores", "Brigada de Investigaciones de San Justo", "La Cacha", "El Vesubio" (dependientes del Ejército); "Escuela de Mecánica de la Armada" y "Base Naval de Mar del Plata" (dependientes de la Armada) y, "Mansión Seré o Atila" (dependiente de la Fuerza Aérea).

La Cámara consideró que los hechos que tuvo por probados constituían un sistema operativo ordenado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas en el que la estructura operativa de las fuerzas armadas detuvo a gran cantidad de personas, las alojó clandestinamente, las interrogó con torturas, las mantuvo en cautiverio sufriendo condiciones de alojamiento y vida inhumanas y, finalmente, o se las legalizó poniéndolas a disposición de la justicia o del Poder Ejecutivo Nacional, se las puso en libertad, o bien se las eliminó físicamente.

El 2 de diciembre de 1986 se conoció la sentencia de la Cámara Federal en pleno de la Capital Federal en la ya mencionada "Causa 44". En estas actuaciones se juzgaron delitos ocurridos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, cometidos por personal de las fuerzas armadas y de seguridad. Con relación a las órdenes dictadas para llevar adelante el plan criminal se estableció que éstas eran impartidas por el Comandante de la Zona I, y siguiendo la cadena de mandos, por el Jefe de Policía de la Provincia y por el Director General de Investigaciones. También, concordantemente con lo que se había determinado en la "Causa 13" se afirmó que se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran como vinculados a la subversión, que se dispuso que a los capturados se los interrogara bajo tormentos, que se sometiera a los detenidos a regímenes de vida inhumanos, y que se concedió a los cuadros inferiores gran libertad para disponer el destino final de cada víctima (eliminación física, puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o la libertad).

El 2 de marzo de 1987, la misma Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la causa Nro. 450/86 decretó la prisión preventiva con miras a extradición de Carlos GuillermoSuárez Mason. Allí, el mencionado tribunal afirmó que en el período de facto coexistieron dos sistemas jurídicos: un orden normativo que cubría formalmente la actuación de las fuerzas armadas y, un orden predominantemente verbal, secreto y en el que sólo se observaba parcialmente el orden formal. En este último, todo lo referente al tratamiento de personas sospechosas respondía a directivas que consistían en detener y mantener ocultas a dichas personas, torturarlas básicamente para obtener información y eventualmente matarlas haciendo desaparecer el cadáver o bien fraguar enfrentamientos armados como medio para justificar dichas muertes.

Todo lo referente al tratamiento de personas sospechosas respondía a directivas que consistían en detener y mantener ocultas a dichas personas, torturarlas básicamente para obtener información y eventualmente matarlas haciendo desaparecer el cadáver o bien fraguar enfrentamientos armados.

Mediante la sanción del decreto Nro. 187/83 (B.O. 19/12/83), el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (denominada comúnmente CONADEP) con el objeto de esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país. Entre las funciones específicas y taxativas de la Comisión se encontraban las de recibir denuncias y pruebas sobre hechos relacionados con la represión ilegal y remitirlas inmediatamente a la justicia, averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas, determinar la ubicación de niños sustraídos a la tutela de sus padres o guardadores a raíz de acciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, etc.

Los motivos que impulsaron al Poder Ejecutivo Nacional a la creación de esta Comisión se encontraban expresados en los considerandos del decreto entre los que son de destacar los que a continuación se transcriben: "Que el Poder Ejecutivo Nacional, a través de una serie de proyectos de leyes y decretos, ha materializado ya su decisión de que las gravísimas violaciones a los derechos humanos cometidas en nuestro pasado reciente sean investigadas y eventualmente sancionadas por la justicia. Que como se ha dicho muchas veces, **la cuestión de los derechos humanos trasciende a los poderes públicos y concierne a la sociedad civil y a la comunidad internacional**. Que con respecto a esta última su interés legítimo esta contemplado en los proyectos enviados al Honorable Congreso de aprobación de una serie de pactos internacionales sobre derechos humanos, los que incluyen la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional competente en la materia. Que con relación a la sociedad civil, debe satisfacerse ese interés legítimo de intervenir activamente en el esclarecimiento de los trágicos episodios en los que desaparecieron miles de personas, sin que esa intervención interfiera con la actuación de los órganos constitucionales competentes para investigar o penar estos hechos, o sea, los jueces" (el resaltado me pertenece).

Es importante subrayar aquí que este organismo no cumplió ningún rol jurisdiccional, es decir, no determinó responsabilidad alguna sobre las personas que podían ser consideradas autores, cómplices o encubridores de delitos. Sólo se limitó a reunir información sobre la base de las potestades que ya fueron señaladas. Las funciones de la CONADEP estuvieron delimitadas desde el propio decreto que la creaba.

En cumplimiento de su misión la Comisión formó 7.380 legajos, los que comprendían las denuncias de los familiares de los desaparecidos, el testimonio de personas liberadas de los centros clandestinos de detención y declaraciones de miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en el accionar represivo. Aparte de recibir declaraciones, la Comisión realizó inspecciones en distintos partes del territorio nacional, recabó información de las fuerzas armadas y de seguridad, y de diversos organismos públicos y privados.

En el informe final de la CONADEP, producido en septiembre de 1984, se estimaba en 8.960 el número de personas que continuaban en situación de desaparición forzosa. Se indicó que dicho número no podía considerarse definitivo dado que se había acreditado que eran muchos los casos de desapariciones que no habían sido denunciados. Se concluyó en que dicha metodología (la desaparición forzada de personas) se generalizó a partir de que las fuerzas armadas tomaron el control absoluto de los resortes del Estado, que la desaparición comenzaba con el secuestro de las víctimas, que continuaba con el traslado de las personas hacia alguno de los 340 centros clandestinos de detención existentes, que los detenidos eran alojados en condiciones infrahumanas, que eran sometidos a toda clase de tormentos y humillaciones, que la práctica de la tortura por sus métodos y sadismo empleados no conocían antecedentes en otra parte del mundo, que existieron varias denuncias acerca de niños y ancianos torturados junto a un familiar para que éste proporcionara la información requerida por sus captores, que las personas detenidas eran generalmente exterminadas con ocultamiento de su identidad destruyéndose el cuerpo –muchas veces– para evitar la identificación.

En un punto de las conclusiones se recalcó: "Esta Comisión sostiene que no se cometieron 'excesos', si se entiende por ello actos particularmente aberrantes. Tales atrocidades fueron práctica común y extendida y eran los actos normales y corrientes efectuados a diario por la represión". Finalizó sus conclusiones indicando que la destrucción o remoción de la documentación que registró minuciosamente la suerte corrida por las personas desaparecidas dificultó la investigación (Cfr. para todo lo afirmado, Nunca Más, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Eudeba, Buenos Aires, 1985, 11ª edición).

La situación de la instauración en el país de un sistema clandestino de represión fue evaluada también por la Organización de Estados Americanos.

Al respecto merece un tratamiento especial el "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina" producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, Aprobado por la Comisión en su 667ª. sesión del 49 período de sesiones celebrada el 11 de abril de 1980. Este documento fue elaborado mientras todavía el gobierno de facto usurpaba el poder y constituyó la primera pieza oficial –según creo– que documentó la situación que atravesaban los derechos fundamentales durante la dictadura militar. Dicho informe consta de once capítulos identificados bajo los siguientes títulos: El sistema político y normativo argentino; El derecho a la vida; El problema de los desaparecidos; El derecho a la libertad; Derecho a la seguridad e integridad personal; Derecho de justicia y proceso regular; Derecho a la libertad de opinión, expresión e información; Derechos laborales; Derechos políticos; Derecho a la libertad religiosa y de cultos; Situación de las entidades de derechos humanos.

"Muchos son los medios que para la aplicación de apremios ilegales y para la ejecución de la tortura tanto física, como síquica y moral, se habrán puesto en práctica en lugares especiales de detención donde las personas fueron llevadas para interrogatorios y que se conocen como chupaderos."

En esta resolución interesa destacar lo informado por la CIDH con relación a lo que se denominó "El problema de los desaparecidos" y a la práctica de la tortura, dado que muestran de una manera palpable cómo funcionó el sistema clandestino de represión.

Con relación al primer tema la Comisión sostuvo: "El origen del fenómeno de los desaparecidos, la forma en que se produjeron las desapariciones y el impresionante número de víctimas alcanzadas están íntimamente ligados al proceso histórico vivido por Argentina en los últimos años, en especial a la lucha organizada en contra de la subversión [...] Según los muchos testimonios e informaciones que la Comisión ha recibido pareciera existir una amplia coincidencia de que en la lucha contra la subversión se crearon estructuras especiales, de carácter celular, con participación a diferentes niveles de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, las que estaban compuestas por comandos de operación autónomos e independientes en su accionar. La acción de estos comandos estuvo dirigida especialmente en contra de todas aquellas personas que, real o potencialmente pudiesen significar un peligro para la seguridad del Estado, por su efectiva o presunta



La Junta Militar en 1978: suma del poder público.

vinculación con la subversión [...]Parece evidente que la decisión de formar esos comandos que actuaron en el desaparecimiento y posible exterminio de esas miles de personas fue adoptada en los más altos niveles de las Fuerzas Armadas con el objeto de descentralizar la acción antisubversiva y permitir así que cada uno de los comandos dispusiera de un ilimitado poder en cuanto a sus facultades para eliminar a los terroristas o a los sospechosos de serlo. La Comisión tiene la convicción moral que tales autoridades, de un modo general, no podían ignorar los hechos que estaban ocurriendo y no adoptaron las medidas necesarias para evitarlos [...] Incluso durante la visita de la Comisión a la Argentina, se llevó a cabo un típico operativo de aquellos que anteceden a un desaparecimiento al secuestrarse por los agentes de seguridad a toda una familia, lo que motivó la inmediata intervención de la Comisión ante las autoridades argentinas [...] Cualquiera que, en definitiva, sea la cifra de desaparecidos, su cantidad es impresionante y no hace sino confirmar la extraordinaria gravedad que reviste este problema. Por otra parte, la falta de aclaración del problema de los desaparecidos ha afectado a numerosas familias de la comunidad argentina. La incertidumbre y privación de todo contacto con la víctima ha creado graves trastornos familiares, en especial en los niños que, en algunos casos, han sido testigos de los secuestros de sus padres y los maltratos que éstos fueron objeto durante los operativos. Muchos de esos niños no volverán a ver nunca a sus padres y heredarán así, por el recuerdo de las circunstancias de su desaparecimiento, una serie de trastornos psicológicos. Por otro lado, numerosos hombres y mujeres entre los 18 y 25 años, están siendo afectados por la angustia y la marcha del tiempo sin conocimiento de la suerte de sus padres o hermanos. Los cónyuges, los hombres y mujeres que han sido violentamente separados, viven en medio de graves perturbaciones afectivas, acentuadas por los diversos problemas económicos y jurídicos que tal separación les depara. Hay muchos hombres o mujeres que no saben actualmente si son viudos o casados. Muchos de ellos, no recuperarán la paz, la armonía o la seguridad en sí mismos por el desgaste que les ha producido el tratar de llevar adelante un hogar donde cada día se siente la ausencia física y moral del padre o de la madre. Estos y otros problemas no pueden ser resueltos mientras no se aclare definitiva y responsablemente la situación de todas esas miles de personas desaparecidas" (Cfr. Informe..., ps. 146/9).

En el Capítulo V apartado "D" la Comisión se refirió a la práctica de apremios ilegales y torturas en los siguientes términos: "Muchos son los medios que para la aplicación de apremios ilegales y para la ejecución de la tortura tanto física, como síquica y moral, se habrán puesto en práctica en lugares especiales de detención donde las personas fueron llevadas para interrogatorios y que se conocen como chupaderos, e inclusive, en algunos casos, en los propios centros carcelarios del país. Estos procedimientos de tortura se prolongaron en muchas ocasiones hasta por varios meses en forma continua, en las llamadas sesiones para interrogatorios. Entre esas modalidades, analizadas y escogidas por la Comisión de los muchos testimonios que obran en su poder, figuran las siguientes: a) Golpizas brutales en perjuicio de los detenidos, que han significado en muchas ocasiones quebradura de huesos y la invalidez parcial; en el caso de mujeres embarazadas la provocación del aborto, y también, según determinadas alegaciones, han coadyuvado a la muerte de algunas personas. Este tipo de palizas han sido proporcionadas con diferentes clases de armas, con los puños, patadas y con instrumentos metálicos, de goma, de madera o de otra índole. Hay denuncias que refieren casos en que la vejiga ha sido reventada y han sido quebrados el esternón y las costillas o se han producido lesiones internas graves; b) El confinamiento en celdas de castigo, por varias semanas, de los detenidos, por motivos triviales, en condiciones de aislamiento desesperante y con laaplicación de baños de agua fría; c) La sujeción de los detenidos, maniatados con cadenas, entre otros lugares en los espaldares de camas y en los asientos de los aviones o de los vehículos en que han sido trasladados de un lugar a otro, haciéndolos objeto, en esas condiciones, de toda clase de golpes e improperios; d) Simulacros de fusilamiento y en algunos casos el fusilamiento de detenidos en presencia de otros prisioneros, inclusive de parientes, como ha sucedido, entre otras denuncias, en Córdoba, Salta y en el Pabellón de la Muerte de La Plata; e) La inmersión mediante la modalidad denominada submarino, consistente en que la víctima se le introduce por la cabeza, cubierta con una capucha de tela, de manera intermitente, en un recipiente de agua, con el objeto de provocarle asfixia al no poder respirar, y obtener en esa forma declaraciones; f) La aplicación de la llamada picana eléctrica, como método generalizado, sujetándose a la víctima a las partes metálicas de la cama a efectos de que reciba elevados voltajes de electricidad, entre otras zonas del cuerpo, en la cabeza, las sienes, la boca, las manos, las piernas, los pies, los senos y en los órganos genitales, con el complemento de mojarles el cuerpo para que se faciliten los impactos de las descargas eléctricas. De acuerdo con las denuncias, en algunos casos de aplicación de picana se mantiene un médico al lado de la víctima para que controle la situación de la misma como consecuencia de los 'shoks' que se van produciendo durante la sesión de tortura; g) La quemadura de los detenidos con cigarrillos en distintas partes del cuerpo, hasta dejarlos cubiertos de llagas ulcerosas; h) La aplicación a los detenidos de alfileres y otros instrumentos punzantes en las uñas de las manos y los pies; i) Las amenazas o consumación de violaciones tanto de mujeres como de hombres; j) El acorralamiento de los prisioneros con perros bravos entrenados por los captores, hasta llegar al borde del desgarramiento; k) El mantenimiento de los detenidos encapuchados por varias semanas acostados y atados de pies y manos mientras reciben golpes; l) La suspensión de los detenidos, amarrados o esposados de las manos y sujetos por barras metálicas o de madera u otros artefactos del techo, manteniéndoles los pies a pocos centímetros del suelo, el que se cubre con pedazos de vidrio. También casos en que las víctimas son colgadas de las manos o de

Se afirma aquí que estos procedimientos ilegales se corresponden –en gran medida– con verdaderos juicios porque la lógica de producción de la verdad de estos procesos clandestinos se corresponde con las prácticas de los procesos inquisitivos.

los pies produciéndoles fracturas de la cadera o de otras partes del cuerpo; m) El mantenimiento de los detenidos por prolongadas horas completamente parados; n) La aplicación de drogas a los detenidos, o de suero e inyecciones como consecuencia de las prolongadas torturas cuando han perdido el conocimiento; o) El procedimiento de requisas de los presos, que se lleva a cabo en forma minuciosa y con abusos en todas partes del cuerpo, produciendo la consiguiente humillación; y p) la aplicación del llamado cubo, consistente en la inmersión prolongada de los pies en agua bien fría y luego en agua caliente".

La Comisión concluyó que, durante el período que comprendió el informe (1975/1979) se cometieron graves y numerosas violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y en particular: "a) al derecho a la vida, en razón de que personas pertenecientes o vinculadas a organismos de seguridad del Gobierno han dado muerte a numerosos hombres y mujeres después de su detención; preocupa especialmente a la Comisión la situación de los miles de detenidos desaparecidos, que por las razones expuestas en el informe se puede presumir fundadamente que han muerto; b) al derecho a la libertad personal, al haberse detenido y puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional a numerosas personas en forma indiscriminada y sin criterio de razonabilidad [...]; c) al derecho a la seguridad e integridad personal, mediante el empleo sistemático de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya práctica ha revestido características alarmantes". En el marco de las prácticas recientemente descriptas fue que ocurrieron los delitos que sufrieran José Liborio Poblete y Gertrudis Hlaczik.

Asimismo, puede decirse que estos procedimientos clandestinos pueden ser vistos como verdaderos juicios: se procedía a la identificación de personas, se las arrestaba, se las conducía a un lugar de detención, se las interrogaba generalmente con la imposición de tormentos, se evaluaban sus dichos, se confrontaban las declaraciones con las de otras personas en la misma situación, y finalmente se producía una decisión (sentencia) que podía constituir en la libertad de la persona, en su eliminación física o en la derivación a un centro de detención previsto por el sistema legalizado.

Para ilustrar este tipo de procedimientos resulta elocuente lo relatado por Carlos Muñoz (Legajo Conadep Nro. 704) sobre lo ocurrido en el centro clandestino de detención que funcionaba en la Escuela de Mecánica de la Armada: "[...] En febrero le ofrecen al dicente trabajar en fotografía, ya que ése es el trabajo que sabía hacer, por lo cual lo trasladan al Laboratorio... Todos los casos están archivados en microfilms describiendo desde el procedimiento, luego antecedentes y sentencia. Junto a los datos del procedimiento había dos ítems finales: traslado–libertad..." (Cfr. "Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Nunca Más", Eudeba, Buenos Aires, 1985, 11ª edición, p. 275).

Se afirma aquí que estos procedimientos ilegales se corresponden –en gran medida– con verdaderos juicios porque la lógica de producción de la verdad de estos procesos clandestinos se corresponde con las prácticas de los procesos inquisitivos. Como ejemplo de ello, podemos acudir para la comparación a "El Manual de los Inquisidores por el hermano Nicolau Eimeric, dominico", Aviñón, 1376, con comentario de Francisco Peña doctor en Derecho Canónico y en Derecho Civil, Roma 1578 (contenido en la publicación de Muchnik Editores, Barcelona, 1983, traducido del francés por Francisco Martín). Para el interrogatorio de los acusados en este manual se indicaba: "El inquisidor preguntará al acusado el lugar de nacimiento y su lugar de origen. Sobre sus padres [..] Le preguntará en dónde se ha educado, quiénes fueron sus maestros y dónde ha vivido. Se preocupará por los cambios de domicilio: ¿abandonó el lugar de nacimiento? ¿Ha viajado a regiones infectadas por la herejía, y por qué? Según las respuestas, el inquisidor orientará sus propias preguntas aparentando ir a parar con toda naturalidad al asunto [...] se le acosará a preguntas y se anotarán las respuestas; se le preguntará si ha hablado de ello personalmente y cuál es su opinión sobre el asunto. De este modo, el inquisidor diestro (prudens inquisitor) va cribando cada vez más la cuestión fundamental de la acusación para llegar a la verdad [...] Si el inquisidor ve que el acusado está plenamente convicto de culpabilidad por los testigos, que se traiciona por sus propias declaraciones o que se niega, aunque convicto de culpabilidad o de fuerte sospecha, le hará detener encarcelándole en la prisión del Santo Oficio [...] El orden de las preguntas debe dejarse al criterio de cada inquisidor que modificará el interrogatorio según los casos [...] El inquisidor dirá al acusado que se mostrará misericordioso con él si confiesa con claridad y rapidez" (cfr. p. 142/3).

Con respecto a los medios para conocer la verdad la concordancia con los métodos empleados por la represión ilegal también es manifiesta: "La cuestión –La tortura. [...] No existen reglas concretas para determinar en qué caso puede procederse a torturar. A falta de jurisprudencia específica, he aquí las siete reglas orientativas: 1. Se tortura al acusado que vacila en las respuestas, y unas veces afirma una cosa y otras lo contrario, a la par que niega los principales cargos de acusación. En tal caso se supone que el acusado oculta la verdad y que, hostigado por los interrogatorios, se contradice. Si negara una vez, luego confesara yse arrepintiese, no se le considerará 'vacilante', sino hereje penitente y se le condenará. 2. El difamado, aunque en contra suya no haya más que un testigo, será torturado. Efectivamente, un rumor público más que un testimonio constituyen una media–prueba, lo que no sorprenderá a nadie que sepa que un testimonio vale como indicio. ¿Qué se alega testis unus, testis nullus? Esto es válido para la condena, no para la presunción. Por lo tanto, basta con un solo testimonio de cargo. Sin embargo, admito que un solo testimonio no tendría igual fuerza en un juicio civil. 3. El difamado contra el que se ha logrado establecer uno o varios indicios graves, debe ser torturado. Bastan difamación más indicios. Para los curas basta con la difamación (sin embargo, sólo se tortura a los sacerdotes infames). En tal caso los motivos son más que suficientes. 4. Se torturará al que tenga en contra suya una sola deposición en materia de herejía y contra el que existan además indicios vehementes o violentos. 5. Aquel contra quien pesen varios indicios vehementes o violentos, será torturado aunque no se cuente con ningún testigo de cargo. 6. Con mayor motivo se torturará a quien, al igual que el anterior, tenga además en contra la deposición de un testigo. 7. Aquél contra quien sólo exista difamación, un solo testigo, o un solo indicio no será torturado, pues cada una de estas condiciones por sí sola no basta para justificar la tortura" (Cfr. Manual..., cit. p. 241/2).

Por lo expuesto, sólo resta concluir que durante el período en que el último gobierno de facto se hizo cargo de todos los poderes públicos, se instaló en el país un sistema de represión clandestino en el que se produjeron una enorme cantidad de delitos que, como se verá más adelante, deben ser considerados crímenes contra la humanidad.

Los hechos que tuvieron como víctimas a José Liborio Poblete y Gertrudis Hlaczik fueron parte de este sistema ilegal de represión.

D) El enjuiciamiento de los hechos perpetrados por la represión ilegal

El fenómeno de la represión ilegal en la Argentina fue analizado por tribunales del país, por tribunales extranjeros y, como se vio, por organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos. Seguidamente, se efectuará un relato de las actividades que llevaron adelante algunos de esos tribunales e instituciones.

Desde el punto de vista jurídico, en dicho mensaje, se afirmaba que la ley padecía de vicios insuperables dado que significaba una autoamnistía que constituía un privilegio repugnante con el principio de igualdad ante la ley consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional.

1) Argentina

A poco de asumir el gobierno elegido por el voto popular el 10 de diciembre de 1983 se pusieron en marcha mecanismos para conocer lo que había sucedido en el ámbito de nuestro país durante la dictadura militar.

Mediante el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 158/83 (B.O. 15/12/83) el Presidente de la Nación dispuso someter a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los integrantes de la junta militar que usurpó el gobierno de la Nación el 24 de marzo de 1976 y a los integrantes de las dos juntas militares subsiguientes integradas por Jorge R. Videla, Orlando R. Agosti, Emilio E. Massera, Roberto E. Viola, Omar D. R. Graffigna, Armando J. Lambruschini, Leopoldo F. Galtieri, Basilio Lami Dozo y Jorge I. Anaya (art. 1). Este juicio debía circunscribirse a los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a los detenidos sin perjuicio de otros delitos que pudieran surgir de la investigación (art. 2). Se disponía también que la sentencia del tribunal militar fuera apelable ante la Cámara Federal de acuerdo con lo establecido en la ley 23.049 (art. 3). En los considerandos del decreto 158/83 se afirmaba, entre otras cuestiones, que los mandos orgánicos

de las fuerzas armadas concibieron e instrumentaron un plan de operaciones contra la actividad subversiva y terrorista basado en métodosy procedimientos manifiestamente ilegales; que en los años de dictadura miles de personas fueron privadas ilegalmente de su libertad, torturadas y muertas como resultado de procedimientos de lucha inspirados en la "doctrina de la seguridad nacional"; y, que en el curso de las operaciones desarrolladas por el personal militar y de las fuerzas de seguridad se cometieron atentados contra la propiedad de las víctimas, contra su dignidad y libertad sexual y contra el derecho de los padres de mantener consigo a sus hijos menores.

El 27 de septiembre de 1983 se había publicado la ley 22.924 denominada "Ley de Pacificación Nacional" (ADLA, 1983–B, p.1681) que fue denominada comúnmente "Ley de Autoamnistía", cuya finalidad –como claramente se expone en su texto– era la de impedir que se juzgaran las conductas llevadas a cabo por el personal de las fuerzas armadas y de seguridad en el marco del sistema clandestino de represión. Su texto era el siguiente: "Art. 1 Declárанse extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta ley se extienden, asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos [...] Art. 5 Nadie podrá ser interrogado, investigado, citado a comparecer o requerido de manera alguna por imputaciones o sospechas de haber cometido delitos o participado en las acciones a los que se refiere el art. 1 de esta ley o por suponer de su parte un conocimiento de ellos, de sus circunstancias, de sus autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores. Art. 6 Bajo el régimen de la presente ley quedan también extinguidas las acciones civiles emergentes de los delitos y acciones comprendidos en el art. 1. Una ley especial determinará un régimen indemnizatorio por parte del Estado. Art. 7 La presente ley operará de pleno derecho desde el momento de su promulgación y se aplicará de oficio o a pedido de parte [...] Art. 11 Cuando corresponda otorgar los beneficios de esta ley en causas pendientes, se dictará el sobreseimiento definitivo por extinción de la acción. Art. 12 Los jueces ordinarios, federales, militares u organismos castrenses ante los que se promuevan denuncias o querellas fundadas en la imputación de los delitos y hechos comprendidos en el art. 1 las rechazarán sin sustanciación alguna. [...] Art. 14 En caso de duda, deberá estarse a favor del reconocimiento de los beneficios que establecen las disposiciones precedentes".

El 22 de diciembre de 1983 se sancionó la ley 23.040 (B.O. 29/12/83) por la cual se derogó la ley 22.924. Su texto decía: "Art. 1. Derógase por inconstitucional y declárese insanablemente nula la ley de facto 22.924. Art. 2. La ley de facto 22.924 carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penal, civil, administrativa y militar emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de ley penal más benigna establecido en el art. 2 del Código Penal. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se altera por la existencia de decisiones judiciales firmes que hayan aplicado la ley de facto 22.924".

En el mensaje de elevación al Honorable Congreso de la Nación, el titular del Poder Ejecutivo indicaba que la ley 22.924 pretendía convalidar el empleo de métodos terroristas para combatir al terrorismo; que existían razones éticas, políticas y jurídicas que hacían imperiosa la cancelación absoluta de los efectos de la ley; que para las fuerzas armadas implicaba la presunción de responsabilidad para todos sus integrantes de la comisiónde hechos ilícitos; y que dicha ley imposibilitaba la investigación y castigo de hechos terroristas. Desde el punto de vista jurídico, en dicho mensaje, se afirmaba que la ley padecía de vicios insuperables dado que significaba una autoamnistía que constituía un privilegio repugnante con el principio de igualdad ante la ley consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional, y que se hacía pasible de la nulidad insanable a que hace referencia la Constitución Nacional en el artículo 29. Esto afirmaba el Presidente de la Nación: "... que el art. 29 de la Constitución Nacional imputa, además de gravísimas sanciones morales y penales, a todo acto que implique la concesión de la suma del poder público, nulidad que se hace extensible a fortiori a un acto que implica el perfeccionamiento de la asunción del poder público por parte de quienes, controlando dos de las tres ramas del gobierno, pretenden impedir la acción de la tercera".

Luego de sufrir impugnaciones la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 309:1689) rechazó el planteo de inconstitucionalidad de esta ley que derogaba a la ley de "Autoamnistía". La Corte fundó este rechazo indicando que esta ley de amnistía era fruto del abuso del poder (voto del Dr. Severo Caballero), que esta norma no constituía una ley y que debía privársela de todos sus efectos (voto del Dr. Belluscio), y que como no había sido ratificada por el Congreso carecía de vigencia (voto del Dr. Fayt). Los jueces Bacqué y Petracchi, sostuvieron que esta ley se hacía pasible de la nulidad insanable prevista por el art. 29 de la Constitución Nacional.

También sufrieron impugnaciones, por parte de quienes resultaron imputados, el decreto 158/83, la ley 23.049, la ley 23.040 y la avocación de la causa por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en cumplimiento de lo establecido por el art. 10 de la ley 23.049. Todos estos intentos de frustrar los juicios fueron rechazados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (cfr. Fallos 306:896 "Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Agosti, Orlando Ramón s/decreto 158/83 y art. 502 del Código de Justicia Militar"; 306:917 "Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Lami Dozo, Basilio Arturo s/decreto 158/83" entre otros; y Fallos 306:2117).

El 9 de diciembre de 1985 la Cámara Federal de la Capital Federal en pleno dictó sentencia en la ya mencionada "Causa 13". Es oportuno aclarar aquí que el objeto del juicio estuvo constituido sólo por 700 casos que oportunamente seleccionó la Fiscalía para acusar. Como se puede apreciar este número de ningún modo se aproxima a la totalidad de las desapariciones forzadas de personas que la CONADEP pudo determinar como ocurridas.

Finalmente la Cámara falló condenando a Jorge Rafael Videla a la pena de reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua, condenado a Emilio Eduardo Massera a prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua, condenando a Orlando Ramón Agosti a cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, condenando a Roberto Eduardo Viola a diecisiete años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, condenando a Armando Lambruschini a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, absolviendo a Omar Domingo Rubens Graffigna, absolviendo a Leopoldo Fortunato Galtieri, absolviendo a Jorge Isaac Anaya, y absolviendo a Basilio Arturo Lami Dozo. A su vez, la Cámara absolvió de culpa y cargo a todos los nombrados por la totalidad de los delitos por los que fueron indagados y que integraron el objeto del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional, y acerca de los cuales el Fiscal no acusó.

Se dio por probado que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que pueden considerarse –como los robos producidos– consecuencia del sistema.

Por otra parte, interesa recordar –a los fines de esta resolución– lo apuntado por la Cámara en el considerando decimosegundo en el que sedestacó que el juzgamiento de los oficiales superiores que ejecutaron las órdenes de los ex comandantes en jefe no había sido materia de investigación en la causa. Esta circunstancia derivó en una denuncia efectuada por la propia Cámara para que se someta a juicio a los oficiales superiores que ocuparon los Comandos de Zonas y Subzonas de Defensa durante la lucha contra la subversión, y de todas aquellas personas que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones.

El pronunciamiento de la Cámara Federal fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 30 de diciembre de 1986. El máximo tribunal del país sostuvo unánimemente que en el territorio nacional se había llevado adelante un plan de represión que reunía las siguientes características: "...que en fecha 24 de marzo de 1976, algunos de los procesados en su calidad de comandantes en Jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar del alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno... Finalmente, se dio por probado que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que pueden considerarse –como los robos producidos– consecuencia del sistema adoptado desde el momento en que los objetos se depositaban en gran número de casos, en los centros militares que utilizaban como base de operaciones los grupos encargados de capturar a los sospechosos" (Cfr. por todos considerando 12 del voto del vocal José Severo Caballero, Fallos 309:1689).

El 2 de diciembre de 1986 el pleno de la Excma. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal dictó sentencia en la ya mencionada "Causa 44". Allí, la Cámara falló condenando a Ramón Juan Alberto Camps (quien había sido Jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires) a la pena de veinticinco años de reclusión e inhabilitación absoluta perpetua, condenando a Ovidio Pablo Riccheri (quien se desempeñó como Jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires) a la pena de catorce años de reclusión e inhabilitación absoluta perpetua, condenando a Miguel Osvaldo Etchecolatz (ex Director General de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires) a la pena de veintitrés años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, condenando a Jorge Antonio Bergés (quien había actuado como oficial principal médico en la Dirección General de Investigaciones) a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, condenando a Norberto Cozzani (quienprestó funciones para la Dirección General de Investigaciones de la Policía de la Provincia) a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, absolviendo a Alberto Rousse (quien había prestado servicios ante la Dirección General de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires), absolviendo a Luis Héctor Vides (ex Comisario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires)

Los procesos llevado adelante en el marco de las causas "13" y "44" constituyeron los dos únicos juicios que culminaron con sentencia que se llevaron a cabo en el país con relación a la represión ilegal, a excepción de los que se están o fueron llevados a cabo en el marco de las excepciones a la aplicación de la ley de Obediencia Debida.

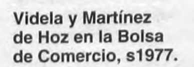
El resto de las actuaciones labradas con motivo de desaparición forzada de personas, homicidios, tormentos, etc; nunca tuvieron la posibilidad de ser ventilados ante un tribunal conforme deben ser llevados adelante los procesos penales. Como conclusión de todo lo actuado por las fuerzas armadas desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983 resultaron diez personas condenadas, de las cuales hoy ninguna se encuentra cumpliendo la condena.

2) Otros países

Con relación a lo que otros tribunales conocieron y conocen fuera del territorio de la Nación Argentina son de destacar los pronunciamientos y juicios que se mencionan a continuación. Esta enumeración se efectúa sin perjuicio de otros procesos que pueden estar siendo llevados adelante en este momento y que este juzgado no tiene conocimiento

Es de público conocimiento a través de los medios de prensa que en el Reino de España se llevan adelante juicios relacionados con violaciones a los derechos humanos ocurridos en la Argentina durante la última dictadura militar. El Sumario 19/97–L, que instruye el Juzgado Central de Instrucción Nro. 5 de la Audiencia Nacional de Madrid puede ser considerado el más importante –a nivel mundial– por la cantidad de hechos investigados y procesados. Este juicio se inició el de 28 de marzo de 1996 en virtud de una denuncia de la Unión Progresista de Fiscales. El 28 de junio de 1996 se acordó declarar la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos denunciados. El día 25 de marzo de 1998 se dictó un auto reiterando la competencia de la Jurisdicción Española para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas. El 4 de noviembre de 1998 la Sala Penal de la Audiencia Nacional mantuvo la competencia de la jurisdicción española (tanto del Juzgado Nro. 5 como de la propia audiencia nacional) y confirmó todos los autos mérito que se había dictado en la causa (Cfr. Rollo de Apelación 84/98, Sección Tercera). En concreto, la investigación que se realiza en España consta -según se pudo constatar– de 576 casos de desaparición de personas de nacionalidad española (entre hijos y nietos de españoles). Con relación al contexto en el que se produjeron estas desapariciones, el Juzgado Nro. 5 ha establecido lo siguiente: "En el período estudiado que se extiende entre el 24.3.1976 al 10 de Diciembre de 1983, principalmente en los cinco primeros años, se produce un exterminio masivo de ciudadanos y se impone un régimen de terror generalizado, a través de la muerte, el secuestro, la desaparición forzada de personas y las torturas inferidas con métodos 'científicos', reducción a servidumbre, apropiación y sustitución de identidad de niños, de los que son víctimas decenas de miles de personas a lo largo y ancho del territorio de la República Argentina y fuera del mismo, mediante la ayuda y colaboración de otros gobiernos afines, que aplican o habían aplicado similares métodos de represión, como el liderado en Chile por Augusto Pinochet Ugarte, el de Paraguay, el de Uruguay, o el de Bolivia. No faltan tampoco las acciones de las represores, dirigidas contra los bienes muebles e inmuebles de las víctimas adjudicándoselos enforma arbitraria y continuada hasta sustraerlos totalmente del ámbito de disposición de sus legítimos propietarios o sus descendientes e incorporándolos a los propios patrimonios o a los de terceras personas... El sistema delictivo de actuación, [...] se integra con la detención en aquellos lugares secretos con el fin de interrogar a los detenidos y bajo tortura, obtener información, para posteriormente matarlos o mantenerlos secuestrados, consiguiendo con ello una limpieza familiar, social, intelectual, sindical, religiosa e incluso étnica parcial, que permita cumplir el plan trazado de construir una 'Nueva Argentina' purificada de la 'contaminación subversiva y atea' y, simultáneamente, dar la sensación de que la violencia en las calles haba desaparecido por el accionar antisubversivo del Ejército, ocultando la realidad a la comunidad internacional. De esta forma violenta se imponen desplazamientos forzosos de un elevadísimo número de personas a través de 340 campos de concentración (Centros de Detención Clandestinos) con cambios periódi-

Se produce un exterminio masivo de ciudadanos y se impone un régimen de terror generalizado, a través de la muerte, el secuestro, la desaparición forzada de personas y las torturas inferidas con métodos "científicos", reducción a servidumbre, apropiación y sustitución de identidad de niños.





Videla y Martínez de Hoz en la Bolsa de Comercio, s1977.

cos de ubicación, con el fin de evitar todo contacto con su grupo familiar y el descubrimiento por organismos internacionales. Tampoco van a conocer, tanto los ciudadanos como la comunidad internacional, lo que junto con la detención constituye una realidad atroz, reflejada en la práctica sistemática de la tortura; el exterminio generalizado; los enterramientos en fosas comunes; los lanzamientos de cadáveres desde aeronaves -conocidos como 'vuelos de la muerte'–; las cremaciones de cuerpos; los abusos sexuales y los secuestros de entre 20.000 a 30.000 personas –entre las que se hallan las casi 600 españoles y descendientes de españoles–; el saqueo de bienes y enseres y su rapiña; y, por último, la sustracción y consecuente desaparición de varios cientos, que según algunos estudios asciende a más de quinientos recién nacidos, que son arrebatados a sus madres al ser detenidas o extraídos del claustro materno –durante su detención–, antes de dar muerte a las mismas, entregándolos a personas previamente seleccionadas, ideológicamente adecuadas y de 'moral occidental y cristiana' para, de esta forma, educarles lejos de la 'ideología de sus entornos familiares naturales'. Con ello alteran su estado civil al facilitar las adopciones o la simulación de sus nacimientos a través de partidas de nacimiento falsas como hijos de las esposas de los represores, consiguiendo con ello la pérdida de identidad familiar y su adscripción al grupo ideológico al que por naturaleza pertenecen".

Los hechos relatados en esta resolución fueron calificados, por el Juzgado y por la Audiencia Nacional, como delito de genocidio (artículo 607, 1, 1°, 2°, 3°, 4° y 5° del Código Penal español actual –art. 137 bis del Código Penal derogado vigente en el momento de los hechos–; como delito de terrorismo, desarrollado a través de múltiples muertes, lesiones, detenciones ilegales, secuestros, desaparición forzada de personas, colocación de explosivos, torturas o incendios (artículos 515, 516–2° y 571 del Código Penal español actual –arts. 173, 174 y 174 bis b. del Código Penal español vigente al momento de comisión de los hechos–); y como constitutivos del delito de torturas (arts. 174 y 177 del Código Penal español actual –artículo 204 bis del Código Penal español ahora derogado pero vigente al momento de los hechos–). Por la comisión de esos delitos, en un auto fechado el 2 de noviembre de 1999, se dispuso el procesamiento y se libraron órdenes de captura nacional e internacional contra noventa y ocho personas entre las que se encuentran ex Comandantes en jefe, jefes de zonas y subzonas del Ejército, personal militar y de otras fuerzas de seguridad que actuaron durante la represión ilegal.

Por otra parte, como se mencionó brevemente con anterioridad, la justicia argentina, requirió a la justicia de los Estados Unidos de Norteamérica la extradición de Carlos Guillermo Suárez Mason. En el fallo que concedió la extradición de Suárez Mason por la comisión de treinta y nueve asesinatos y un hecho de falsificación de documentos, el Tribunal estadounidense dio por acreditado los siguientes hechos: que los asesinatos fueron cometidos durante la denominada "guerra sucia" llevada adelante por el gobierno militar contra "supuestos subversivos", que el método utilizado por las fuerzas armadas era secuestrar a cualquier persona sospechosa de subversión de su casa o de la calle, transportarla a un centro de detención clandestino, torturarla físicamente, psicológicamente, y muy frecuentemente sexualmente, y en muchos casos matarla. En un pasaje el tribunal absorto por la crueldad de los hechos acreditados sostuvo que: "Por cierto, las tácticas usadas en la campaña del Ejército fueron tan brutales, tan inhumanas que si no hubiese sido por lo bien documentado que estaban hubieran desafiado la creencia" (Cfr. "Extradition of Carlos Guillermo Suarez–Mason, No. CR–87–23–MISC.–DLJ, United States District Court For The Northern District Of California 694 F. Supp. 676; 1988 U.S. Dist. LEXIS 9960, April 27, 1988, Decided; April 27, 1988, Filed"; la traducción de este fallo puede consultarse en la mencionada causa nro. 450 del registro de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, fs. 4701 y ss.).

Siguiendo con el estudios de los casos ventilados en los Estados Unidos de Norteamérica en el caso "Alfredo Forti and Debora Benchoam v. Carlos Guillermo Suárez Mason" (672 F. Supp. 1531) –fallado el 6 de octubre de 1987– la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito se pronunció sobre la comisión de los delitos de tortura, prolongación arbitraria de la detención, ejecución sumaria, desaparición forzada de personas y aplicaciones de tratos crueles inhumanos y degradantes, que habían sido ordenados por el mencionado general cuando se encontraba a cargo del Primer Cuerpo de Ejército. Entre las consideraciones de hecho, la Corte tuvo por probado que en marzo de 1976 los comandantes de las fuerzas armadas argentinas derrocaron el gobierno constitucional, que desde 1976 hasta 1979 decenas de miles de personas fueron detenidas sin causa por las fuerzas militares y, que más de 12.000 personas fueron "desaparecidas" sin que nadie las haya visto de nuevo.

También en los Estados Unidos de Norteamérica se llevó adelante el juicio "Siderman de Blake vs. República Argentina" (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, argumentada y presentada el 3 de junio de 19911, decidida el 22 de mayo de 1992). En ese juicio quedó acreditado que: "El 24 de marzo de 1976, los militares argentinos derrocaron al gobierno de la Presidente María Estela Martínez de Perón y tomaron las riendas del poder instalando

La magnitud y la extrema gravedad de los hechos que ocurrieron en nuestro país en el período señalado son lesivos de normas jurídicas que reflejan los valores más fundamentales que la humanidad reconoce como inherentes a todos sus integrantes en tanto personas humanas.

líderes militares en el gobierno central y en los gobiernos provinciales de Argentina [...] diez hombres enmascarados portando ametralladoras entraron por la fuerza en la case de José y Lea Siderman, marido y mujer, en la Provincia de Tucumán, Argentina. Los hombres que se encontraban actuando bajo la dirección del gobernador militar de Tucumán, saquearon la casa y encerraron a Lea en el baño. Ellos encapucharon y esposaron a José de 65 años, lo arrastraron fuera de su casa hasta un automóvil que se encontraba esperando, y lo llevaron a una dirección desconocida. Durante siete días los hombres golpearon y torturaron a José. Entre los elementos de tortura utilizaron una picana eléctrica que le aplicaron a José hasta que éste se desmayó. Mientras lo torturaban, los hombres le gritaban repetidamente epítetos antisemitas, llamándolo 'judío bastardo' y 'judío de mierda'. Ellos le infligieron todas estas crueldades a José Siderman en razón de su fe judía" (cfr. El Derecho, t. 154, p. 105, traducción y comentario de Alberto Luis Zuppi).

A su vez, se tiene conocimiento de que en la ciudad de Nüremberg (Alemania) se labran actuaciones por ante la Fiscalía de esa ciudad para conseguir que los tribunales alemanes procesen los casos de personas de origen alemán que fueron víctimas de desaparición forzada en Argentina. De acuerdo con la información que se cuenta habría 85 victimas de desaparición forzada producidas por la última dictadura militar que son ciudadanos alemanes o personas de origen alemán. Se señala que este juicio llevado adelante en Alemania encuentra la siguiente fundamentación: "A la luz del derecho internacional, las violaciones de derechos humanos cometidas en Argentina entre 1976 y 1983 constituyen, por su escala y gravedad, crímenes contra la humanidad, los cuales están sometidos a la jurisdicción internacional. Manteniendo estos casos abiertos las autoridades alemanas brindaran la oportunidad de conocer la verdad y de ver que se hace justicia a los familiares de los descendientes de ciudadanos alemanes que fueron víctimas de violaciones de derechos humanos en Argentina durante los gobiernos militares" (cfr. esta información en el sitio de Internet: http://www.amnesty.org).

Por su parte, también es de público conocimiento la condena aún vigente impuesta a Alfredo Astiz en Francia por haber sido encontrado responsable de hechos perpetrados en el marco de la represión ilegal. El nombrado fue condenado a prisión perpetua (en ausencia) por la Court D'Assises de París –2ème Section en la causa 1893/89.

En Italia, mediante lo que se pudo conocer a través de los medios de prensa, resultaron condenados (en ausencia) varios militares argentinos por hechos cometidos durante la represión ilegal. Entre éstos fueron condenados Suárez Mason y Santiago Omar Riveros.

Además de los procesos relatados, en el ámbito territorial de la Confederación Suiza, más precisamente en la ciudad de Ginebra, se instruyen actuaciones en las que resultan imputados Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera y Orlando Ramón Agosti por la desaparición de un ciudadano suizo–chileno. El hecho fue descripto por la justicia suiza de la siguiente manera: "Alexei Vladimir Jaccard (J), nacido el 30.3.52, en Chile, ciudadano suizo chileno, desapareció en Buenos Aires el 15.5.77, mientras se hallaba en esa ciudad. Su destino final era Chile, donde quería ver a su padre que estaba muy enfermo siendo un opositor al régimen del General Augusto Pinochet Ugarte, fue detenido por la Policía Argentina en estrecha cooperación con la policía chilena (Operación 'Cóndor') y luego fue eliminado por sus opiniones políticas. En mayo de 1977, los sujetos mencionados, dentro del alcance de la Operación Cóndor (Cooperación establecida entre las autoridades chilenas y argentinas respecto a la represión sistemática y eliminación de oponentes a sus respectivos regímenes políticos) por lo menos aprobaron, sin ninguna reserva, la reclusión y secuestro de (J) mientras se hallaba en Argentina y luego la eliminación de (J) en Argentina o Chile en fecha aún desconocida" (cfr. fs. 3/4 de la causa 12.125/98 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 5 caratulado "Massera, Emilio Eduardo s/arresto provisorio con miras de extradición").

E) Conclusiones de lo hasta aquí expuesto

Como resultado de lo expuesto en este capítulo se puede afirmar, de manera concluyente, que durante la vigencia del régimen ilegal que gobernó nuestro país desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983, se llevó a cabo una cantidad prácticamente inabarcable de actos de represión cruel e inhumana que dieron lugar a que se llevaran adelante los juicios relatados. Como se vio, la actividad jurisdiccional excedió las fronteras de este país. La multiplicidad de hechos probados, la multiplicidad de bienes jurídicos afectados y la todavía no clara cantidad de víctimas fatales de esos hechos, conmovieron a una gran parte de la comunidad internacional organizada, convirtiéndose así en materia de análisis de distintas naciones (vg. Estados Unidos de Norteamérica, España, Italia, Francia, Alemania y Suiza, entre otros). Las conclusiones con respecto al modo en que se llevó adelante la represión ilegal son concordantes en prácticamente todos los juicios llevados a cabo en el exterior: en todos ellos se hace especial referencia a la práctica de la desaparición forzada de personas y a la práctica de la tortura como castigo y como método de investigación.

Por estas circunstancias, por la magnitud de los hechos, y por el modo en que éstos fueron llevados a cabo, se impone en esta resolución analizar los acontecimientos desde una óptica jurídica que incluya las normas del derecho penal internacional.

III. LOS HECHOS INVESTIGADOS SON CRIMENES CONTRA EL DERECHO DE GEN*TES*

Tal como se ha visto en los capítulos anteriores, los hechos sufridos por Gertrudis Hlaczik y José Poblete fueron cometidos en el marco del plan sistemático de represión llevado a cabo por el gobierno de facto (1976-1983).

En lo que sigue, veremos cómo esos hechos, por el contexto en el que ocurrieron, deben ser considerados, a la luz del derecho de gentes, **crímenes contra la humanidad**. Ello implica reconocer que, la magnitud y la extrema gravedad de los hechos que ocurrieron en nuestro país en el período señalado, son lesivos de normas jurídicas que reflejan los valores más fundamentales que la humanidad reconoce como inherentes a todos sus integrantes en tanto personas humanas.

En otras palabras, los hechos descriptos tienen el triste privilegio de poder integrar el puñado de conductas señaladas por la ley de las naciones como criminales, con independencia del lugar donde ocurrieron y de la nacionalidad de las víctimas y autores. Tal circunstancia, impone que los hechos deban ser juzgados incorporando a su análisis jurídico aquellas reglas que la comunidad internacional ha elaborado a su respecto, sin las cuales no sería posible valorar los hechos en toda su dimensión.

En este sentido, el analizar los hechos exclusivamente desde la perspectiva del Código Penal supondría desconocer o desechar un conjunto de herramientas jurídicas elaboradas por el consenso de las naciones especialmente para casos de extrema gravedad como el presente. Sería un análisis válido pero, sin duda, parcial e insuficiente.

La consideración de los hechos desde la óptica del derecho de gentes no es ajena a nuestro sistema jurídico. Por el contrario, como se expondrá con mayor detenimiento más adelante, las normas del derecho de gentes son vinculantes para nues-

"En el período entre las dos guerras se muestra con toda crudeza hasta dónde llegaba la exaltación de la soberanía estatal... El derecho internacional no impedía el ejercicio del derecho natural de cada soberano de transformarse en un monstruo para con sus propios súbditos."

tro país y forman parte de su ordenamiento jurídico interno. La propia Constitución Nacional establece el juzgamiento por los tribunales nacionales de los delitos contra el derecho de gentes (art. 118). Por otra parte, como se verá, la República Argentina se ha integrado, desde sus albores, a la comunidad internacional, ha contribuido a la formación del derecho penal internacional y ha reconocido la existencia de un orden supranacional que contiene normas imperativas para el conjunto de las naciones (ius cogens).

En consecuencia, considero que para la adecuada valoración de los hechos que aquí se investigan no puede prescindirse del estudio de las reglas que el derecho de gentes ha elaborado en torno de los crímenes contra la humanidad.

A) Los crímenes contra el derecho de gentes hasta la Segunda Guerra Mundial

Si bien el proceso de definición de los rasgos característicos del actual Derecho Penal Internacional cobró impulso a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la idea de que ciertas conductas afectan a la comunidad internacional o al conjunto de las Naciones es mucho más antigua. Suelen citarse incluso pasajes bíblicos como antecedentes remotos de esta idea y las formulaciones que diversos autores medievales desarrollaron, sobre bases iusnaturalistas, acerca de los rasgos del llamado **"derecho de gentes"**.



En 1980, Videla dejó el mando. La Junta nombró otro presidente militar.

Así, Schiffrin, luego de citar un pasaje del Antiguo Testamento, recuerda a Hugo Grocio, uno de los padres fundadores del derecho internacional, cuando expresa que "También debe saberse que los reyes, y aquellos que tiene un poder igual al de los reyes tienen el derecho de infligir penas no sólo por las injusticias cometidas contra ellos y sus súbditos, sino aun por aquellos que no los afectan particularmente, y que violan hasta el exceso el derecho de la naturaleza o de gentes, respecto de cualquiera que sea [el autor de los excesos]. Porque la libertad de proveer por medio de castigos a los intereses de la sociedad humana, que en el comienzo, como lo dijimos, pertenecía a los particulares, ha quedado, después del establecimiento de los Estados y de las jurisdicciones, a las potencias soberanas..." (cfr., Schiffrin, Leopoldo, "Pro Jure Mundi", en "Revista Jurídica de Buenos Aires", La Ley, Buenos Aires, 1998, I–II, p. 22).

Algunos siglos antes que Grocio, Santo Tomás de Aquino sostuvo que "...un soberano tiene el derecho de intervenir en los asuntos internos de otro, cuando éste maltrata gravemente a sus súbditos" (cfr., Zuppi, Alberto Luis, "La jurisdicción extraterritorial y los tribunales internacionales", inédito, p. 21).

En general, fueron las leyes de la guerra y, con el desarrollo del comercio y la navegación, la piratería, las materias a las que primordialmente se refirió el "derecho de gentes" de la Edad Media e, incluso, hasta avanzado el siglo XIX (cabe incluir aquí también a la trata de esclavos).

En efecto, "...en tiempos remotos se pueden ubicar las primeras calificaciones de conductas como constitutivas de crímenes que afectaban al derecho de gentes; la prohibición de esclavizar a los prisioneros de guerra y la piratería aparecen en el III Concilio de Letrán del año 1179. La posta fue retomada por el jesuita Francisco Suárez que fue inspirador de Gentili y de Grocio. En las palabras de Suárez puede leerse que la guerra contra la piratería llama a los hombres a las armas por la violación general del derecho de la humanidad y el mal hecho a la naturaleza humana" (Ibídem, p. 22).

M. Cherif Bassiouni evoca intentos milenarios por regular el uso de la fuerza en conflictos armados y explica que "La criminalización de los actos que contravienen las leyes, normas y regulaciones de la guerra evolucionó gradualmente, lo mismo sucedió con la persecución internacional de los provocadores de guerras injustas o de agresión y los infractores de las reglamentaciones del modo de desarrollar la guerra" (cfr. "El derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido", en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, enero–abril de 1982, tomo XXXV, fascículo I, p. 16).

A continuación recuerda que, al parecer, el primer proceso criminal por haber iniciado una guerra injusta fue llevado a cabo en Nápoles, en 1268, contra Conradín Von Hohenstafen, quien fue condenado a muerte por ese hecho. Por otra parte, el primer juicio penal internacional habría sido el realizado en 1474 en Breisach, Alemania, en el que se juzgó a Peter Von Hagenbach por un tribunal de veintiocho miembros elegidos en ciudades del Sacro Imperio Romano Germánico. El acusado fue condenado a muerte por asesinato, violación y pillaje (Idem; el segundo caso también aparece en Zuppi, op. cit., p. 22; en ambas obras se reúne un buen número de casos que demuestran el origen y la evolución que han tenido los principios aceptados internacionalmente respecto de los crímenes de derecho internacional).El conjunto de normas relativas a la regulación de la guerra, al uso de la fuerza y al trato de prisioneros, denominado generalmente como "leyes y usos de la guerra" adoptó, hasta la segunda mitad del siglo XIX, la forma de derecho consuetudinario. Recién a partir de la Convención de Ginebra de 1864 comenzó un proceso de "codificación" de tales leyes y usos de la guerra mediante la adopción por parte de gran cantidad de países miembros de la comunidad internacional de una serie de instrumentos que, como sucede generalmente en el ámbito del derecho internacional, tienen la característica de ser la cristalización de los principios jurídicos ya reconocidos y aceptados en el campo no contractual, antes que instrumentos generadores de derecho. En este sentido, la suscripción de tales convenios no anula ni deroga a los principios y obligaciones que surgen del derecho no contractual ni limita la vigencia del derecho internacional consuetudinario; antes bien, lo reafirman.

Al respecto, cabe destacar el valor de la llamada "Cláusula Martens" contenida en el Preámbulo de la (II) Convención de La Haya de 1899 (llamada de ese modo en honor a quien fuera su impulsor, el delegado ruso Fiódor Fiódorovich Martens), mediante la que los signatarios expresan: "Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las altas partes contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" (cfr. Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre del 29 de julio de 1899, a la que la República Argentina adhirió mediante la ley 5082, ver ADLA A 1880/1919, p. 712, sin destacar en el original).

Dicha cláusula se reiteró en la IV Convención de La Haya de 1907 y, en términos similares, fue introducida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 al establecerse que la denuncia de los Convenios "No tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" (ver, arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios I a IV, respectivamente, de los que la República Argentina fue firmante original, el 12/8/49. Mediante el decreto 14.442 del 9 de agosto de 1956, ratificado por ley 14.467, nuestro país adhirió a dichos Convenios,

> **"Crímenes contra la humanidad":** ***es decir, asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos.***

ver ADLA A 1880/1919, p. 798 y sig., sin destacar en el original).

Sobre el sentido e importancia de esta norma se ha dicho que "reafirma el valor y la permanencia de los principios superiores en que la Convención se inspira. Esos principios existen más allá de la Convención y no están limitados por su marco. Esto muestra bien (...) que una potencia que llegara a denunciar la Convención continuaría obligada por los principios que contiene, en cuanto son la expresión de reglas inalienables y universales del derecho de gentes consuetudinario" (cfr., Mattarollo, Rodolfo, "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", p. 10, "Amicus Curiae" presentado en la causa n 5864/2000 de este Juzgado).

La "cláusula Martens", incluida en las Convenciones de 1899 y 1907, así como las normas de los Convenios de Ginebra citadas, confirman la vigencia del derecho internacional consuetudinario como fuente principal de derecho internacional y pueden ser vistas como antecedentes de lo que años más tarde quedará plasmado en los arts. 43 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El desarrollo del derecho humanitario exhibió, luego de la **Primera Guerra Mundial**, nuevos intentos por juzgar a los acusados de violaciones al derecho internacional, sobre la base de su responsabilidad individual.

Así, mediante el Tratado de Versalles del año 1919 se estableció un Tribunal penal internacional con el fin de penar la declaración de una guerra injusta que implicaba "la ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados", ante el cual se pretendía hacer comparecer a quien se señalaba como responsable, el ex emperador alemán Guillermo II de Hohenzollern (art. 227). Ese intento fracasó dado que Guillermo II se refugió en Holanda, país que se negó a extraditarlo (cfr. Lombois, Claude, "Droit Pénal International", Dalloz, París, 1979, 2da. ed., p. 131). Pese a la imposibilidad de materializar el juicio, "...ya fue un avance considerable que nada menos que un tratado internacional consagrara el principio de la culpabilidad personal del jefe del Estado por el desencadenamiento de una guerra injusta" (cfr., Ramella, Pablo A., "Crímenes contra la humanidad", Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 6).

El Tratado de Versalles también establecía la obligación para el gobierno alemán de entregar a los tribunales militares de las potencias aliadas a las personas acusadas de haber cometido "actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra". Sin embargo, en la práctica, sólo se llevaron a cabo algunos juicios por parte de tribunales alemanes que impusieron una veintena de condenas a penas leves (cfr., Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, tomo II, ps. 982/3, donde el autor citado califica de "breve" la lista de 889 alemanes denunciados por "brutalidad despiadada").

Asimismo, de esta época de post–guerra data la declaración que los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia realizaron (mayo de 1915) en relación con las masacres de la población armenia calificadas por dichos gobiernos como "crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales todos los miembros del Gobierno de Turquía serán tenidos por responsables conjuntamente con sus agentes involucrados en las masacres" (cfr., Matarollo, R., cit., p. 22, sin cursiva en el original).

En agosto de 1920 se firmó el Tratado de Sèvres entre los aliados y el gobierno de Turquía, instrumento señalado como el primero en el que se incluyó la figura de "crimen de lesa humanidad". En su artículo 230 se disponía que en caso de que la Sociedad de las Naciones constituyera un tribunal para juzgar las masacres, el gobierno turco se comprometía a entregar a los acusados y a reconocer la autoridad del tribunal (Idem). El tratado no fue ratificado y los procesos penales comenzaron a llevarse a cabo en Turquía. Sin embargo, ante la primera condena a muerte dictada por la corte marcial instaurada se inició una revuelta callejera que impidió continuar los procesos (cfr. Zuppi, A. L., op. cit., p. 25).

Con relación al Tratado de Versalles y al estado alcanzado por el derecho internacional en este período observa el autor citado en el párrafo anterior que "Es de notar que el Tratado no hablaba de crímenes contra el derecho internacional pero la calificación usada indicó claramente la intención de ver a la guerra en violación a un tratado que la prohíba, como un crimen. Desde el punto de vista histórico, el texto relatado también constituye un precedente valioso como muestra de la voluntad internacional de concluir con la tradición de las amnistías dictadas al finalizar las guerras...", sin embargo, la falta de resultados prácticos del intento por juzgar esos crímenes "debe quizás encontrarse en la resistencia de muchos países a la constitución del tribunal internacional, al que se veía como un ataque directo a la soberanía estatal". Agrega Zuppi que "En el período entre las dos guerras se muestra con toda crudeza hasta dónde llegaba la exaltación de la soberanía estatal... El derecho internacional no impedía el ejercicio de lo que se entendía como el derecho natural de cada soberano de –como expresa gráficamente un reciente estudio– **transformarse en un monstruo para con sus propios súbditos**. Las ejecuciones sumarias, las torturas, o los arrestos ilegales tenían significados a los ojos del derecho internacional, sólo cuando las víctimas de los atropellos eran ciudadanos extranjeros" (Ibídem, ps. 25/6, sin negrita en el original).

B) El Derecho Penal Internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial

Un nuevo impulso en la definición y aceptación universal de la existencia de crímenes contra el derecho de gentes que dan lugar a la responsabilidad penal individual de sus autores (los llamados "crímenes de derecho internacional"), así como de las reglas bajo las cuales tales crímenes deben ser juzgados, se produjo a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Ya en el año 1940, en plena contienda bélica, los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Polonia denunciaron la violación de la IV Convención de La Haya de 1907 por parte de las fuerzas de ocupación alemana en territorio polaco.

La primera declaración en punto a la voluntad de someter a proceso a los responsables de los crímenes cometidos sería la pronunciada por el Presidente de Estados Unidos de América, Franklin D. Roosevelt, el día 25 de octubre de 1941, a la que siguieron otras en igual sentido, en forma separada, por los gobiernos de Gran Bretaña y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

El 13 de enero de 1942, mediante la "Declaración de Saint James" (Londres), los gobiernos aliados (entre los que se encontraban Bélgica, Francia, Noruega y Grecia), señalaron como objetivo principal el castigo de los culpables de los crímenes denunciados. Incluso, el "...Ministro de Relaciones Exteriores de Luxemburgo expresó que si fuera preciso habría de organizarse la sanción de esos crímenes sobre una base internacional" (cfr., Fermé, Luis, "Crímenes de Guerra y de lesa humanidad. Su imprescriptibilidad", en "Revista de Derecho Penal y Criminología", ed. La Ley, Buenos Aires, N1, enero–marzo, 1971, p. 32).

Casi dos años más tarde, el 1 de noviembre de 1943, se produjo la "Declaración de Moscú", firmada por el Presidente Roosevelt, el Primer Ministro Winston Churchill y el Mariscal Stalin, en la que anunciaron que los culpables de los crímenes serían perseguidos hasta el "confín de la tierra y puestos en manos de sus acusadores para que se haga justicia" (Ver, Glaser, Stefan, "Introduction a L'Etude du Droit International Pénal", París, Bruxelles, 1954, p. 31, nota 1; citado por Schiffrin, Leopoldo en su voto que integra la sentencia de la Cámara Federal de La Plata, Sala III penal, del día 30 de agosto de 1989, en la que se resolvió la extradición de J. F. L. Schwammberger, publicada en E.D., 135–326, la cita corresponde a la p. 336). En dicha Declaración se estableció, además, que los acusados por los crímenes cometidos serían juzgados por los países donde se cometieron, salvo los casos de los "grandes criminales" de guerra, cuyos crímenes afectaban a varios países, que serían juzgados por una decisión conjunta de los Gobiernos Aliados (cfr., Lombois, C., op. cit., p. 135/6).

> ***En su sentencia el Tribunal afirmó el concepto de* responsabilidad individual *por la comisión de crímenes contra el derecho de gentes, al expresar que: "Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos igual que a los Estados.***

El 8 de agosto de 1945 se concluyó el "Acuerdo de Londres" firmado por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y el Gobierno Provisional de Francia, quienes manifestaron actuar "en interés de todas las Naciones Unidas", mediante el cual se anunció la creación de un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieren localización geográfica particular. Dicho Tribunal funcionó en Nüremberg y su estatuto formó parte del "Acuerdo de Londres" recién mencionado.

En el estatuto del Tribunal de Nüremberg se ratificó el principio de la responsabilidad individual o personal de los acusados y se definieron los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, clasificándolos en

tres categorías (art. 6): "crímenes contra la paz" (a): es decir, planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de los tratados y acuerdo internacionales; "crímenes de guerra" (b): es decir, violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra (incluyendo el asesinatos, maltrato y deportación de poblaciones civiles de territorios ocupados o el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra) y "crímenes contra la humanidad" a los que se definió en el inc. c) y que cabe transcribir en forma completa:

c): **"crímenes contra la humanidad"**: es decir, asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Como puede observarse en la última parte del texto, los actos que se definen como "crímenes contra la humanidad" se consideran delictivos con independencia de estar o no tipificados como delito en la legislación interna del lugar de comisión.

Asimismo, el estatuto del Tribunal de Nüremberg contenía otras disposiciones relevantes a efectos de determinar el alcance de la responsabilidad individual de los acusados.

En efecto, en su artículo 7 se estableció que "La posición oficial de los acusados, sea como jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo" y en el art. 8 se determinó que "**El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no liberará al acusado de responsabilidad**, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere" (Cfr., Jiménez de Asúa, op. cit. p. 1013).

Como puede observarse, se dejó sentado expresamente que el cumplimiento de órdenes superiores no exime de responsabilidad penal por actos criminales como los señalados. Esta proscripción de la obediencia jerárquica como eximente de responsabilidad penal por crímenes contra el derecho de gentes se reiterará invariablemente en los principales instrumento internacionales como podrá observarse en lo que sigue.

Cabe señalar que al suscribirse el Acuerdo de Londres, los países firmantes invitaron a "los Gobiernos de las Naciones Unidas que lo deseen" a adherirse al acuerdo. A dicho llamado respondieron diecinueve países: Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Holanda, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

La sentencia del Tribunal de Nüremberg se dio a conocer el 30 de septiembre de 1946 y se dictaron doce condenas a muerte, siete a penas privativas de la libertad y tres absoluciones. Básicamente, los cargos se apoyaron en la violación a las leyes de la guerra reconocidas en diversas convenciones y en el derecho consuetudinario (aquí tiene especial valor la ya mencionada "Cláusula Martens").

En su sentencia el Tribunal afirmó claramente el concepto de **responsabilidad individual** por la comisión de crímenes contra el derecho de gentes, al expresar que: "Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos igual que a los Estados... Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplirlas disposiciones del derecho internacional" (citado por Sorensen, Max, "Manual de Derecho Internacional Público", trad. a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, 4ta. reimpresión de la 1ra. edición castellana, p. 493, sin cursiva en el original).

Sobre la cuestión de la responsabilidad del individuo frente a actos delictivos para el derecho internacional y, en particular, sobre el criterio seguido en el juicio de Nüremberg, opinan L. Oppenheim y H. Lauterpacht que "Puesto que los Estados son los sujetos normales del derecho internacional, ellos –y ellos únicamente– son, por regla general, los sujetos de los actos delictivos internacionales. Por otra parte, en la medida en que se reconoce personalmente a los individuos como sujetos de obligaciones internacionales, y, por consiguiente, del derecho internacional, es también preciso reconocerlos como sujetos de los actos delictivos internacionales. Así ocurre, no solamente en los casos de piratería y otros semejantes de limitado alcance. Especialmente el derecho de guerra se basa por entero en el supuesto de que sus prescripciones obligan no solamente a los Estados, sino también a sus nacionales, pertenezcan o no a sus fuerzas armadas. Desde este punto de vista, la Carta aneja al acuerdo del 8 de agosto de 1945 relativa al castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo no constituía ninguna innovación al establecer responsabilidad individual por los verdaderos crímenes de guerra y por los que calificaba de crímenes contra la humanidad" (Ver, "Tratado de Derecho Internacional Público", trad. al español por López Olivan J. y Castro–Rial, J.M., Barcelona, Bosch, 1961, t. I, vol. 1, parág. 153 a ps. 361/362, citado por Schiffrin, L., en el fallo cit., p. 336/7).

El tribunal de Nüremberg, al fundar la responsabilidad individual de las personas que cometen los actos reputados delictivos por el derecho internacional, rechazó la pretensión de eximir de responsabilidad a quienes ocupaban cargos oficiales y a quienes alegaban haber cumplido órdenes superiores. Dijo el tribunal que: "El principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados... Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr inmunidad por el sólo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del Estado, cuando el Estado, al autorizar su actuación, sobrepasa su competencia según el derecho internacional... El hecho de que se ordene a un soldado que mate o torture, en violación de la ley internacional de la guerra, jamás se ha reconocido como una defensa de tales actos de brutalidad, aunque la orden... pueda ser tenida en cuenta para mitigar la sanción" (Ver, Sorensen, Max, op. cit., ps. 493/4).

No cabe aquí detenerse en la discusión que el juicio de Nüremberg originó sobre todo en los ámbitos académicos de todo el mundo respecto de la aplicación del derecho realizada en ese proceso, la constitución misma del tribunal y diversos aspectos relativos al juicio sobre los que

En el período posterior a la Segunda Guerra se consolida la aceptación universal de que existen conductas que deben ser calificadas como "crímenes contra el derecho internacional" que dan lugar a la responsabilidad personal de quienes sean sus autores o cómplices.

existe una copiosa literatura. En todo caso, hoy en día el juicio de Nüremberg, su sentencia y, como veremos, su amplia ratificación por la comunidad internacional, deben ser vistos como una etapa a partir de la cual el desarrollo del derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, se consolida y se cristaliza en un conjunto de reglas y principios cuyo pleno valor jurídico puede –al menos, en allí en más– considerarse innegable.

Antes de pasar a la ratificación que la comunidad internacional hizo del juicio, de la sentencia y de los principios en los que se basaron, es útil recordar que, además del proceso llevado a cabo frente al tribunal deNüremberg –que comprendió a quienes se señaló como los principales responsables de los crímenes–, se sustanciaron numerosos procesos ante cortes creadas en territorio alemán por las fuerzas de ocupación y ante los tribunales nacionales de los países que habían sido invadidos por el ejército nazi.

Los procesos realizados en las zonas de ocupación por parte de Estados Unidos, la Unión Soviética, Francia y Gran Bretaña, cada uno en la porción de territorio bajo su control, fueron dispuestos por la **Ley 10 del Consejo de Control Aliado**, del 20 de diciembre de 1945. También en ellos los crímenes de derecho internacional se dividieron en crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, de modo similar al que se había establecido en el Estatuto del tribunal de Nüremberg. En los juicios sustanciados ante esas cortes se dictaron cerca de 15.000 condenas (Cfr., Bassiouni, op. cit., p. 18). Con posterioridad, Alemania continuó (y continúa) con los procesos a través de sus tribunales internos.



Raúl Guglielminetti, pieza del plan sistemático de genocidio.

Por otra parte, el número de procesos realizados fuera de Alemania, por varios de los países aliados, fue, según un informe de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas el siguiente: "Estados Unidos, 809; Gran Bretaña, 524; Australia, 256; Francia, 254; Países Bajos, 30, Polonia, 24, Noruega, 9; Canadá, 4; China, 1" (Idem). En dichos procesos, cada una de las jurisdicciones funcionó, en materia procedimental, con arreglo a sus propias reglas (Cfr., Consigli, José Alejandro y Valladares, Gabriel Pablo, "Los Tribunales Internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda, precursores necesarios de la Corte Penal Internacional", en "Revista Jurídica de Buenos Aires", La Ley, Buenos Aires, 1998, I–II, p. 61, nota 7).

Finalmente, cabe mencionar a los juicios llevados a cabo ante el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oeste, con sede en Tokyo, donde, ante un tribunal integrado por jueces de Australia, Canadá, China, Francia, Gran Bretaña, India, Holanda, Nueva Zelandia, Filipinas, Unión Soviética y Estados Unidos que juzgó a 28 personas sobre la base de una definición tripartita de las infracciones al derecho internacional similar a la utilizada en Nüremberg y condenó a muerte a siete de ellas (Ver, Bassiouni, cit., p. 19).

C) Aceptación universal del Derecho Penal Internacional

Como fuera dicho unos párrafos más arriba, **los principios jurídicos utilizados en el juicio de Nüremberg y en la sentencia del Tribunal, fueron apoyados y reafirmados expresamente por la comunidad internacional, incluida la República Argentina**.

En efecto, pocos meses después de la firma de la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945) y en pleno desarrollo del juicio de Nüremberg, la Asamblea General de la O.N.U. adoptó, el 13 de febrero de 1946 la **Resolución 3 (I)**, sobre **"Extradición y castigo de criminales de guerra"**, en la que "toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg de 8 de agosto de 1945" e insta a todos los países a tomar las medidas necesarias para detener a las personas acusadas de tales crímenes y enviarlas a los países donde los cometieron para que sean juzgadas.

Asimismo, una vez finalizado el juicio, luego de que el Secretario General de la Naciones Unidas, Trygve Lie, propusiera en octubre de 1946 que los "Principios de Nüremberg" fueran adoptados como parte del derecho internacional, la Asamblea General de las O.N.U. (de la que ya formaba parte la República Argentina), adoptó, por unanimidad, en la sesión del 11 de diciembre de 1946, la **Resolución 95 (I)** titulada **"Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg"**. En dicha resolución adoptada, como se dijo, por unanimidad, no sólo se ratificaron los principios jurídicos contenidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en su sentencia con la intención de que se hicieran **parte permanente del derecho internacional** (ver, Friedman, Leon, "Law of War", Ney York, Random House, 1972, t. II, ps. 1027/1028; citado por Schiffrin, en el fallo cit., p. 336), sino que, asimismo, instruye al Comité de Codificación de Derecho Internacional establecido por la Asamblea General ese mismo día, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación en el contexto de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código Criminal Internacional conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

No puede dejar de mencionarse aquí que en el ámbito americano se llevó a cabo, en la ciudad de Chapultepec, entre los meses de febrero y marzo de 1945, la "Conferencia Americana sobre Problemas de la Guerra y la Paz". En el Acta Final se calificó a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial como "horrendos crímenes en violación de las leyes de la guerra, de los tratados existentes, de los preceptos del Derecho Internacional, de los códigos penales de las naciones civilizadas y de los conceptos de civilización". Asimismo, en su Resolución VI, denominada "Crímenes de Guerra", los países americanos expresaron su adhesión a las declaraciones de los gobiernos aliados "...en el sentido de que los culpables, responsables y cómplices de tales crímenes sean juzgados y condenados" (cfr., Sancinetti, Marcelo y Ferrante, Marcelo, "El derecho penal en la protección de los derechos humanos", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 438).

La República Argentina adhirió al Acta Final de la Conferencia de Chapultepec mediante el decreto 6945 del 27 de marzo de 1945, ratificado por la ley 12.837. En el decreto ratificatorio, el Estado Argentino manifestó "Que los considerandos del Acta de Chapultepec y los principios que enumera como incorporados al derecho internacional de nuestro continente desde 1890, han orientado la política exterior de la Nación y coinciden con los postulados de la doctrina internacional argentina".

Durante el año 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó, el día 31 de octubre, la Resolución 170 (II), en la que reiteró lo expresado en las dos resoluciones citadas anteriormente, y, el 21 de noviembre, aprobó la Resolución 177 (II) sobre "Formulación de los principios reconocidos en el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg" (Ibídem, ps. 437/8). Mediante esta última, encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que formule los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg.

La Comisión de Derecho Internacional cumpliendo con dicho mandato, entre junio y julio de 1950, formuló los **"Principios de Nüremberg"** del modo que sigue:

Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional es responsable por él y está sujeto a sanción.

No se requiere un gran esfuerzo para advertir la contradicción manifiesta entre las prácticas desarrolladas en el marco del sistema clandestino de represión y la enunciación de los actos de los que "nadie puede" ser objeto según la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Principio II. El hecho de que el Derecho nacional no sancione con pena un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional no exime a su autor de responsabilidad frente al Derecho Internacional.

Principio III. La circunstancia de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen conforme al Derecho Internacional, haya actuado como Jefe de Estado o como funcionario público, no le exime de responsabilidad.

Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior no lo exime de responsabilidadconforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral. Sin embargo, esta circunstancia puede ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere.

Principio V. Toda persona acusada de un delito conforme al Derecho Internacional, tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

Principio VI. Los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son punibles bajo el Derecho Internacional (se describen esos crímenes tal como se describieron en el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg).

Leopoldo Fortunato Galtieri, heredero del poder absoluto.



Principio VII. La complicidad en la perpetración de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la Humanidad de los enumerados en el Principio VI es un crimen para el Derecho Internacional (Ver, Zuppi, A.L., cit., ps. 51/2).

D) Consolidación del Derecho Penal Internacional y de sus principios

Luego de la Segunda Guerra Mundial se fue gestando y consolidando paulatinamente la idea de que la protección de los derechos fundamentales del hombre está a cargo del conjunto de las naciones y que, por lo tanto, **ya no existe "el derecho natural de cada soberano de transformarse en un monstruo para con sus propios súbditos"**. Precisamente, uno de los rasgos que identifican al estado, en tanto agente con poder sobre las personas, es el de ser una fuente potencial de conductas violatorias de los derechos fundamentales del hombre. La comunidad internacional, entonces, expresa su interés en la protección de las personas incluso frente a actos cometidos por órganos del propio estado al cual pertenecen. En consecuencia, la comisión de conductas que merezcan ser calificadas como "crímenes de derecho internacional" ya no es una cuestión que interesa sólo al estado donde tales conductas tienen lugar sino que compete al conjunto de las naciones.

Es por ello que se considera a los crímenes contra la humanidad como "...delitos que afectan indistintamente a todos los Estados, en su carácter de miembros de la comunidad internacional. En esta clase de hechos están interesados por igual todos o un gran número de Estados" (Cfr., Díaz Cisneros, César, "Derecho Internacional Público", Tea, Buenos Aires, 1955, t. I, p. 282). Una de las consecuencias de lo anterior es, como se verá, que desde el punto de vista del derecho internacional, todos los estados tienen jurisdicción para el juzgamiento y sanción de tales crímenes **(jurisdicción universal)**.

En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial se consolida la aceptación universal de que existen conductas que deben ser calificadas como "crímenes contra el derecho internacional" que dan lugar a la responsabilidad personal de quienes sean sus autores o cómplices y se avanza en su definición. Algunas conductas que cabe considerar incluidas en dicha categoría general o en la de "crímenes contra la humanidad" son objeto de convenciones específicas (como el genocidio, el uso de la tortura oficial, la práctica de desaparición forzada de personas) que, en general, **cristalizan, al menos parcialmente, el contenido del derecho internacional consuetudinario.**

Asimismo, se crean organizaciones internacionales de alcance universal (como las Naciones Unidas) o regional (como la Organización de Estados Americanos) y se intenta la sanción de un Código Penal Internacional y la creación de un Tribunal Penal Internacional.

El 26 de junio de 1945 se firmó la **"Carta de las Naciones Unidas"** (aprobada por el Congreso de la Nación el 8 de septiembre de ese año mediante la ley 12.195), en la que "los pueblos de las Naciones Unidas" se manifiestan resueltos a "reafirmar la fe en los derechos fundamentales delhombre, en la dignidad y el valor de la persona humana" y a "crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional".

Sobre esta base, anuncian como propósito "Realizar la cooperación internacional...en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (art. 1.3).

De modo concordante, en el art. 55 de la Carta se establece que "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones...la Organización promoverá:...c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades".

Asimismo, conforme el artículo 56, "Todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55".

Sobre esta última norma, se ha dicho que "Esta es la primera, y única, obligación impuesta a los Estados miembros y asumidas por ellos al ratificar la Carta. Consiste en adoptar medidas para realizar el respeto universal y la efectividad de los derechos humanos" y sobre su alcance, "Hay, por lo menos, acuerdo general en que las prácticas de obstrucción sistemática y de rechazo total de las recomendaciones de las Naciones Unidas contravienen lo dispuesto en el artículo 56" (Cfr., Pinto, Mónica, "Temas de derechos humanos", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 20, sin cursiva en el original).

Por otra parte, como sostuvo el juez Kaufman en un caso relevante de la jurisprudencia norteamericana, "Filártiga v. Peña Irala", "los artículos 55 y 56 de la Carta señalan claramente que el trato que un Estado dé a sus nacionales es una cuestión de interés internacional" (Ibídem, p. 31).

Sobre el valor del art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas existe un precedente jurisprudencial de 1950 en el que la Corte Internacional de Justicia (creada por la Carta de las Naciones Unidas; la República Argentina se sometió a su jurisdicción mediante el decreto 21.195 del 8/9/45) rechazó el planteo formulado por Bulgaria, Hungría y Rumania, quienes alegaban que la Asamblea General de la ONU al solicitar una opinión consultiva sobre cuestiones relativas a los derechos humanos, se había excedido en su competencia al intervenir en asuntos de jurisdicción interna, violando de este modo lo dispuesto en el art. 2.7 de la Carta. La C.I.J. entendió que la Asamblea General tenía competencia para ello en virtud de lo dispuesto en el art. 55 de la Carta que dispone que las Naciones Unidas "...deberán promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos" (Ver, Caso Interpretation of Peace Treaties", I.C.J. Rep., 1950, p. 65 y 221; citado por Zuppi, A. L., "La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad–hoc, Buenos Aires, n 9, p. 402).

Sin embargo, el contenido de la expresión "derechos humanos y libertades fundamentales" y, por lo tanto, el de la obligación que emana del art. 56, no surge expresamente de la Carta. Su contenido será fijado principalmente por un texto que debe entenderse complementario de la Carta de las Naciones Unidas. Se trata de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el **10 de diciembre de 1948**. En los considerandos de su Preámbulo se afirma que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad". En consecuencia, la Declaración enumera un conjunto de derechos que se reconocen a la persona humana como tal. Entre las disposiciones que más interesan a los efectos del presente caso, pueden citarse las siguientes:

"El genocidio es un crimen de derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean éstos individuos particulares, funcionarios o estadistas y el crimen sea por motivos religiosos, raciales o políticos."

Art. 2. 1. "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de.... opinión política o de cualquier otra índole..."

Art. 3. "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Art. 5. "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Art. 8. "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley"

Art. 9. "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

Art. 10. "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"

Art. 11. 1. "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"

Art. 12. "Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques".

Como puede observarse, la Declaración Universal de los Derechos Humanos "...enuncia un conjunto de bienes a los que 'todo ser humano tiene derecho' en las condiciones establecidas en su art. 2. Junto a las cláusulas de esa estructura, se incorporan otras en las que se describen actos de los que **'nadie puede'** ser objeto. La mayor precisión de éstas las hace más valiosas como instrumentos de enjuiciamiento de conductas estatales, en tanto la oposición a ellas surge sin necesidad de mediación" (Cfr., Sancinetti, M. y Ferrante M., op. cit., p. 384, sin negrita en el original).

Si bien, en líneas generales, el contenido del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional ha surgido, en primer término, como costumbre internacional y luego (como cristalización total o parcial de esa costumbre), ha pasado a formar parte del derecho internacional convencional, con relación a la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha observado el proceso inverso. Así, "...en el momento de su adopción, la Declaración adelanta una opinio juris -conciencia de obligatoriedad, expresión del deber ser– a la que la práctica internacional debe adecuarse con miras a la cristalización, en algún momento posterior, de una costumbre internacional. Trátase de una inversión en el orden en que cronológicamente suelen darse los elementos constitutivos de la norma consuetudinaria internacional" (Cfr., Pinto, M., op. cit., ps. 35/6).

Algunos años después de su aprobación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha adquirido sin ninguna duda fuerza obligatoria para los Estados y sus cláusulas esenciales forman parte del derecho internacional general.

Ya en el año 1949 la Asamblea General de las Naciones Unidas juzgaban que la conducta de un Estado "no se ajustaba a la Carta" (Cfr., caso de "las esposas rusas, res. A.G. 265 (III), 14/5/49, cit. en Sancinetti, M. y Ferrante, M., op. cit., p. 386).Cabe mencionar también la **"Proclamación de Teherán"**, efectuada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 1968 en la que se "Declara solemnemente que... La Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional".

En similar sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia en 1970 en el caso "Barcelona Traction Light and Power Company, Limited" en el que se afirmó que de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nacían obligaciones erga omnes para los Estados (Cfr. C.I.J. Recueil 1970, sentencia del 5/2/70, §§ 33 y 34, Idem).

Asimismo, en el caso "Fernández c/Wilkinson", la Corte de Distrito de Kansas consideró que "las pautas establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aún cuando al inicio fueran sólo declarativas y no vinculantes, hoy a través de la aceptación de sus efectos normativos que han hecho las naciones, se ha transformado en derecho consuetudinario vinculante" y agregó que "Los principios del derecho internacional consuetudinario pueden distinguirse a través del enfoque general de expresas convenciones internacionales, las opiniones de la doctrina, la costumbre y práctica general de las naciones y las decisiones judiciales relevantes" (Cfr. "Pedro Rodríguez Fernández c/George Wilkinson", United Stated District Court, D, Kansas, dic. 31–1980; citado por Colautti, Carlos E., "Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional", ed. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 47).

Lo dicho, permite afirmar que "...existe preponderante evidencia para sostener que la Declaración Universal ha sido entendida y aceptada por los Estados como obligatoria a lo largo de un considerable espacio de tiempo... debe advertirse que cuando afirmó que los derechos enunciados en la declaración son parte del derecho consuetudinario internacional, se está afirmando que todos los Estados son responsables internacionalmente de cualquier violación que se les atribuya de dichos derechos, cometida por sus funcionarios o por personas actuando bajo autoridad oficial. **Pero también serán responsables por condonar o apoyar tales violaciones.** A pesar de su carácter inicialmente enunciativo, la Declaración Universal ha obtenido un grado de consenso internacional que puede ser estimado como motor esencial en el régimen de derechos humanos de la posguerra" (Cfr. Zuppi, A. L., "La jurisdicción extraterritorial...", cit., ps.40/1).

No se requiere un gran esfuerzo para advertir la contradicción manifiesta entre las prácticas desarrolladas en el marco del sistema clandestino de represión (1976–1983) implementado por las autoridades de facto que gobernaban el Estado Argentino y la enunciación de los actos de los que "nadie puede" ser objeto según la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Según se afirmó en párrafos anteriores, las conductas que fueron consideradas crímenes contra el derecho internacional en el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, en su sentencia y en las resoluciones 3 (I) y 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como los principios jurídicos que en esos instrumentos se exponen (sintetizados en 1950 por la C.D.I. bajo el rótulo de "Principios de Nüremberg"), además de consolidarse como categorías propias del derecho internacional consuetudinario, fueron luego de la Segunda Guerra Mundial objeto de convenciones particulares y de diversos instrumentos internacionales. En este sentido, algunas de las conductas que pueden considerarse incluidas dentro de la categoría general de "crímenes contra la humanidad" fueron especialmente seleccionadas y tratadas en forma particular en convenciones y en otros instrumentos internacionales (p. ej. resoluciones de las Naciones Unidas y fallos de cortes nacionales y de organismos internacionales). Debe insistirse en que, además del valor que poseen con relación a los Estados que los suscriben o respecto de las partes involucradas en los casos que son materia de pronunciamiento por parte de los tribunales o cortes nacionales o internacionales, estos instrumentos de derecho internacional pueden ser leídos como precedentes que expresan total o parcialmente el contenido de normas que ya formaban parte de la costumbre internacional o del derecho internacional general o bien como manifestaciones que contribuyen a su formación.

En los cuatro convenios se fija un catálogo de conductas que se consideran "infracciones graves", respecto de las cuales se establece la obligación para los estados parte de imponer sanciones penales adecuadas a las personas que hayan cometido o hayan dado la orden de cometer.

Dentro de este proceso, cabe mencionar a la **Convención para la Prevención y la Sanción**

Videla, autor de crímenes contra la humanidad.



del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948.

Tal como se expone en los considerandos de la Convención, el genocidio ya había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Asamblea General a través de la resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, en la que ya se calificaba al genocidio como **"crimen de derecho internacional"**. En efecto, según la res. 96 (I), "el genocidio es un crimen de derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean éstos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que haya cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza".

En la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, a la que la República Argentina adhirió el 9 de abril de 1956 mediante el decreto–ley 6286, "Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar".

El texto transcripto, que corresponde al art. 1 de la Convención, implica la ratificación expresa por parte de las naciones que adhirieron a la Convención (entre ellas Argentina) de la categoría de los "delitos de derecho internacional"; a su vez, se reconoce que el genocidio integra esa categoría y que ya la integraba con anterioridad a la firma de la Convención como parte integrante del derecho consuetudinario (ello surge de la expresión "Las Partes...confirman"). A su vez, se afirma que el genocidio se considera un crimen tanto si se comete en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

A los efectos de la Convención, "...se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo" (art. 2).

Según se dispone en el artículo 3 "serán castigados", además del genocidio, la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad para cometerlo. El artículo siguiente ratifica, en términos imperativos, que "las personas" (responsabilidad personal) que cometan genocidio o las conductas enumeradas en el art. 3 **"serán castigadas"**.

El modo en que se llevará a cabo el castigo, según la Convención, consiste en una doble vía: por un lado, estará a cargo del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido (art. 6), a cuyo fin las Partes contratantes se comprometen a establecer "sanciones penales eficaces" (art. 5) (a esto debe agregarse la obligación de "prevenir y sancionar" que surge del art. 1), y, por otro lado, el castigo a las personas responsables de genocidio o de las conductas descriptas en el art. 3,estará a cargo de "la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción" (art. 6).

Si bien los intentos por establecer una corte penal internacional no han sido fructíferos (aunque en el presente está en vías de concreción la puesta en marcha del Tribunal Penal Internacional, cuyo Estatuto fue aprobado en Roma el 17 de julio 1998 con la adhesión de la República Argentina), la mención efectuada en el art. 6 de la Convención a la competencia de una corte penal internacional refleja la idea que, ya por ese entonces, se anunciaba como aspiración para un futuro inmediato. Asimismo, más allá de que no se haya concretado inmediatamente el establecimiento de dicha corte, lo expresado en el artículo mencionado confirma nuevamente el principio de la **responsabilidad de los individuos frente al derecho penal internacional**, sea que el juzgamiento de los responsables esté a cargo de un Estado particular o bien se lleve a cabo por parte de un tribunal internacional.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue el primer tratado que, luego de la Segunda Guerra Mundial, se refirió a un crimen de derecho internacional. En ella ya se establece expresamente que **no se requiere la conexión con un crimen de guerra para que se configure un delito de derecho internacional**. Así, en su artículo 1 se deja sentado que el genocidio es un delito de derecho internacional sea que se cometa en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

Sucede que el requisito de la conexión con un crimen de guerra fue una exigencia que fijó el tribunal de Nüremberg para determinar los "crímenes contra la humanidad" que entraban dentro de su competencia, pero ello no implicaba que fuera un requisito necesario para la definición de los crímenes de derecho internacional y, en particular, para la definición del conjunto de conductas que se consideran "crímenes contra la humanidad".

A este respecto, se afirmó en el fallo pronunciado por la Cámara de los Lores del Reino Unido, del 24 de marzo de 1999, al referirse a la extradición de Augusto Pinochet solicitada por España, que "El Tribunal de Nüremberg decidió que los crímenes contra la humanidad caían dentro de su jurisdicción sólo si eran cometidos en la ejecución de o en conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz. Pero parece que esta ha sido una restricción jurisdiccional basada en el lenguaje de la Carta. No hay razones para suponer que era considerada un requerimiento esencial del derecho internacional" (Cfr. voto de Lord Millet en "La Reina c/Evans y otro y el Comisionado de Policía de la Metrópolis y otros ex parte Pinochet", en "Suplemento Especial de Derecho Constitucional. Caso Pinochet", La Ley, Buenos Aires, 11 de septiembre de 2000, p. 105).

Este requisito de "conexión" no fue exigido por la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, ni se encuentra en el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1954; tampoco aparecerá luego en convenciones posteriores como la mencionada relativa al crimen de genocidio (1948), en la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los lesa humanidad (1968) o en las referidas a la prohibición del apartheid (1973) y la tortura (1984).

Ello también fue reconocido, entre otros, por la Corte de Casación Francesa en el proceso que se le siguió a Klaus Barbie y en el reciente caso "Prosecutor v Tadic" fallado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Cfr., Zuppi, A. L., "La jurisdicción universal...", cit., p. 402).

En el año 1951, la Corte Internacional de Justicia tuvo oportunidad de referirse al valor jurídico de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en el conocido "Caso de las Reservas a la Convención de Genocidio". En ese fallo la C.I.J. "...determinó que los principios que subyacían a la Convención eran reconocidos como obligatorios por las naciones civilizadas, aún en el caso de no existir una obligación convencional que los impusiera así como definitivamente universales en su contenido" (Cfr. Zuppi, A. L., "La jurisdicción universal...", cit., p. 399)

Esta idea del "carácter no derogable" del derecho de gentes puede ser vinculada a la de la aceptación de la existencia de principios y normas jurídicas de carácter imperativo para los Estados, que rigen aun contra su voluntad, y de los que éstos no pueden sustraerse.

Este fallo ratifica la vigencia y obligatoriedad de ciertas normas del derecho internacional más allá de todo acuerdo convencional y muestra una vez más lo ya dicho reiteradamente acerca de que en no pocas oportunidades los textos convencionales recogen y expresan, total o parcialmente, principios y reglas de derecho ya reconocidos como obligatorios por el derecho consuetudinario.

Luego de la Convención sobre genocidio, se suscribieron las cuatro **Convenciones de Ginebra sobre derecho humanitario bélico**, firmadas el 12 de agosto de 1949 (ratificadas por nuestro país mediante el decreto–ley 14.442 del 9 de agosto de 1956, ratificado por ley 14.467). En ellas también se estableció claramente el principio de la responsabilidad de los individuos, entre otros principios de vital importancia para el derecho penal internacional.

Las cuatro convenciones son el "Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña" (I), el "Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar" (II), el "Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra" (II) y el "Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra" (IV). A estos convenios deben sumarse los Protocolos Adicionales de 1977 que los complementan.

Además de las disposiciones relativas a conflictos internacionales los cuatro convenios contienen una disposición común en el art. 3 de cada uno de ellos relativa a la protección de personas que no tomen parte en las hostilidades o que estén ya fuera de combate en casos de **conflictos armados sin carácter internacional**.

Se dispone en esos casos que dichas personas "serán tratadas con humanidad, sin distinción alguna... A tal efecto, están y quedan prohibidas, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio, en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

Esta regulación de la protección de las personas en conflictos armados sin carácter internacional, sumada al catálogo de "infracciones graves" que más abajo se describirá, es interesante observarla con relación a la pretensión de que los hechos descriptos en el punto II ocurrieron en el marco de un conflicto armado –pretensión que pese a ser claramente insostenible no ha dejado de ser mencionada–. Queda claro que, aún si ese hubiese sido el contexto, el carácter de crímenes de derecho internacional de los hechos está fuera de toda duda (así lo hace ver también Marcelo Sancinetti, en "Derechos Humanos en la Argentina Post–dictatorial", Lerner, Buenos Aires, 1988, ps.124 y ss.).

En los cuatro convenios se fija un catálogo de conductas que se consideran "infracciones graves", respecto de las cuales se establece la **obligación** para los estados parte de imponer sanciones penales adecuadas a las personas que hayan cometido o hayan dado la orden de cometer alguna de las conductas que se consideran "infracciones graves". A su vez se establecen el principio de la **jurisdicción universal** para juzgar este tipo de conductas y la regla **"aut dedere, aut judicare"** (juzgar o entregar para que otro juzgue) que ya Hugo Grocio consideraba en 1624 como "civitas maxima" del derecho de gentes (Cfr., Bassiouni, Ch., op. cit., p. 38).

En efecto, en los cuatro convenios de Ginebra de 1949, se expresa que cada Parte contratante tendrá la **obligación** de buscar a las personas acusadas de "infracciones graves" y de llevarlas ante sus tribunales nacionales fuere cual fuere la nacionalidad de ellas o bien, si el estado que tiene en poder a personas acusadas lo prefiere, puede entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte contratante "siempre que esta última parte haya formulado contra las personas de referencia cargos suficientes" (ver arts. 49, 50, 130 y 147 de los Convenios I a IV respectivamente).

Las "infracciones graves" a las que se refieren las obligaciones mencionadas se determinan en los artículos subsiguientes a los recién citados, de modo similar en los cuatro convenios.

Se consideran "infracciones graves" cualquiera de los siguientes actos cometidos contra las personas o bienes que los convenios protegen: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar intencionalmente grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.

Cabe observar también que tanto el tercer convenio de Ginebra como el Protocolo Adicional I establecen de modo concordante con los principios aceptados a partir de Nüremberg que las condenas penales pueden basarse tanto en violaciones a normas penales de derecho doméstico de los estados como en la infracción a una norma internacional que califica de crimen al acto de que se trate.

En efecto, el art. 99 del tercer Convenio de Ginebra establece que "A ningún prisionero podrá incoársele procedimiento judicial o condenársele por un acto que no se halle expresamente reprimido por la legislación de la Potencia en cuyo poder esté o por el derecho internacional vigente a la fecha en que se haya cometido el dicho acto".

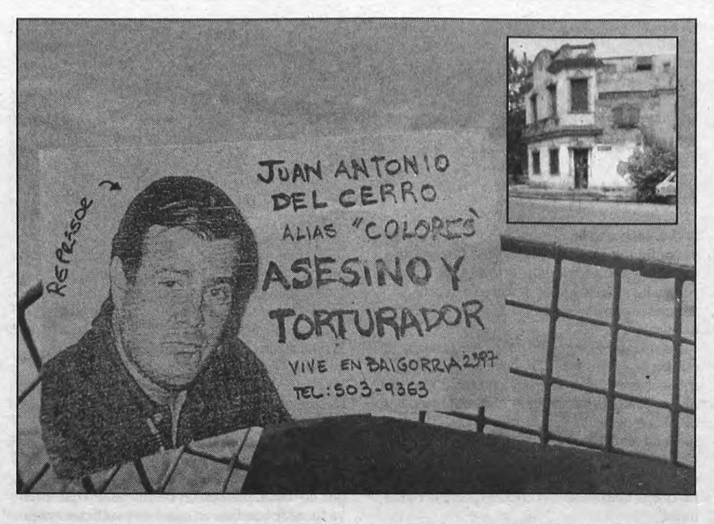
A su vez, el art. 75 (4) c) del Protocolo Adicional I expresa que: "Nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse".

Una cláusula similar había sido incluida ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando en su art. 11.2 se estableció que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional". Esta disposición de la Declaración Universal fue incorporada, según se afirma en un estudio destinado a identificar las normas de ius cogens contenidas en la Declaración Universal, "para despejar toda duda sobre los procesos de Nüremberg y de Tokio" y "para asegurar que nadie escapará al castigo por crímenes del derecho internacional por el hecho de alegar que el acto era legal conforme al derecho nacional" (Cfr., Lillich, Richard. B., "Civil Rights", en Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues", editado por Theodor Meron, Clarendon Press–Oxford, 1985, p. 115 y ss., citado en Mattarollo, R., op. cit, p. 14, nota 27).

Está claro desde la Segunda Guerra que el asesinato, el secuestro, la tortura, los tratos crueles e inhumanos, perpetrados a gran escala y de acuerdo a un plan sistemático y llevado a cabo por funcionarios estatales y/o con aquiescencia estatal son "crímenes contra la humanidad".

Los cuatro convenios de Ginebra mantienen, como ya se adelantó, el contenido de la que en su momento se denominó "Cláusula Martens", que **implica reconocer al "derecho de gentes" como marco normativo que protege a las personas con independencia de cualquier disposición convencional**. En los convenios se expresa que su denuncia por una parte contratante "No tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, talesy como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" (Ver, arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios I a IV, respectivamente).

Con relación a esta remisión que los Convenios de Ginebra de 1949 hacen a las obligaciones que los Estados tienen en virtud del derecho de



La casa de Juan Antonio del Cerro, "Colores", sujeto de la causa.

gentes, es importante destacar que, más allá del enorme valor contractual que poseen los convenios (a la fecha, más de 130 países los ratificaron), también se ha reconocido el carácter consuetudinario de sus disposiciones, en tanto expresan los principios generales esenciales del derecho internacional humanitario (Cfr. Corte Internacional de Justicia, "Affair des activés millitaires au Nicaragua", Reports 1986, parág. 218; citado en "Priebke", J.A. 1996–I, ps. 331 y ss., voto del Dr. Bossert, consid. 46, p 352).

En consecuencia, es posible afirmar que en las cuestiones centrales reguladas por los Convenios puede observarse, como sucede en el caso de otros instrumentos, una coincidencia sustancial entre el contenido de las disposiciones contractuales y el que cabe asignarle al derecho consuetudinario referido a la materia y que integra el llamado derecho de gentes.

Lo dicho adquiere una particular relevancia si se repara en el hecho de que al incorporarse esta mención a las obligaciones que los Estados tienen en virtud del derecho de gentes, los numerosos Estados que han firmado dichos Convenios han ratificado de modo expreso la vigencia del derecho de gentes con independencia de cualquier vínculo contractual.

Al respecto, se ha afirmado con relación a nuestro país que "La Argentina al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ha reconocido expresamente este carácter no derogable del derecho de gentes en el ámbito del derecho internacional humanitario, aún en el supuesto de la denuncia de los Convenios" (Cfr., Mattarollo, R., op. cit., p. 10).

E) El reconocimiento de normas imperativas para los estados (ius cogens y obligaciones erga omnes)

Esta idea del "carácter no derogable" del derecho de gentes puede ser vinculada a la de la aceptación por parte de la comunidad internacional de la existencia de principios y normas jurídicas de carácter imperativo para los Estados, que rigen aun contra su voluntad, y de los que éstos no pueden sustraerse.

Ya en 1937 "...un artículo de Verdross intentaba probar que en el derecho internacional existían reglas que tenían la característica de pertenecer al derecho imperativo o ius cogens y que los tratados no podían contradecirlas. Sostenía que el propio poder que tienen los Estados para concluir acuerdos es en principio ilimitado, salvo que se afecten disposiciones que tienen naturaleza de derecho imperativo u obligatorio" (Cfr. Zuppi, A. L., "La jurisdicción extraterritorial...", cit., p. 48, quien cita el artículo de Alfred Verdross, "Forbiddem Treatis in International Law", en 31, *A.J.I.L.*, 1937, p. 571/7).

Asimismo, en 1953 Hersch Lauterpacht en un informe dirigido a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas mencionaba la idea de que existía un "orden público internacional" y estimaba que la licitud de un tratado debía ser determinada mediante la comprobación de su conformidad con ciertos principios absolutos del derecho internacional (Idem).

Esta concepción se plasmó luego en la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**, concluida el 23 de mayo de 1969 (Ratificada por la República Argentina el 3 de octubre de 1972 mediante el decreto–ley 19.865). En efecto, dicha Convención dispone:

"Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)."Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Asimismo, el art. 64 dispone que si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Por su parte, en el art. 43 establece que la nulidad, terminación o denuncia de un tratado no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

La Comisión de Derecho Internacional al analizar el proyecto que luego se convirtió en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados dio como ejemplos de violación de una norma imperativa "el caso de un tratado que contemple el uso de la fuerza en forma contraria a los principios de las Naciones Unidas o la realización de un acto criminal ante la ley internacional –trata de esclavos, piratería o genocidio–, o que viole los derechos humanos, el principio de igualdad de los Estados o la autodeterminación de los pueblos" (Cfr., Zuppi. A. L., "El derecho imperativo ('ius cogens') en el nuevo orden internacional", E.D.147–863).

La definición de "ius cogens" que surge del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ha sido calificada de circular dado que parece estar definida a través de sus efectos. Eduardo Jiménez de Aréchaga aclara que "...No es que ciertas reglas sean de ius cogens porque no permiten acuerdo en contrario; más bien, no se permiten acuerdos en contrario a ciertas normas, porque éstas poseen el carácter de ius cogens".

Junto con esta aclaración es importante tener en cuenta que el valor de la existencia de un derecho imperativo ("ius cogens") no se reduce sólo a que constituye un límite a la validez de los tratados que contengan cláusulas contrarias a su contenido. Este es uno de sus efectos pero no el único. La vigencia de un derecho de esa naturaleza impone, asimismo, obligaciones a los Estados que integran la comunidad internacional.

En este sentido y con relación a los crímenes de derecho internacional, cuya prohibición tiene jerarquía de ius cogens, afirma Bassiouni que el ius cogens hace referencia al estatuto jurídico alcanzado por ciertas infracciones y las obligatio erga omnes remiten a las consecuencias jurídicas

"Ningún Estado permitirá o tolerará tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales como estado o amenaza de guerra, inestabilidad política o cualquier otra emergencia como justificación de la tortura."

que dimanan de la calificación de un determinado crimen como ius cogens.

Así, afirma este autor que del estatuto legal que tiene ciertos crímenes por estar establecidos por reglas de ius cogens se derivan concretas obligaciones imperativas para los Estados: "...el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda impunidad, comprendida la de los jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la 'obediencia debida' (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los 'estados de excepción' y la jurisdicción universal" (Cfr., Bassiouni, M. Cherif, Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", en citado por Matarollo, R., op. cit., p. 11).

La aceptación de un derecho imperativo pone en crisis la visión según la cual el derecho internacional reposa en la mera voluntad de los estados. Precisamente, la vigencia de normas imperativas que se le imponen a los estados que integran la comunidad internacional, con independencia de su voluntad y aun contra ella, indica la insuficiencia de la tesis que concibe al derecho internacional como una construcción basada en la libre voluntad de los estados.

Ello es observado con total claridad por Antonio A. Cançado Trinidade al fallar como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al advertir "...la manifiesta incompatibilidad con el concepto de jus cogens de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general. En efecto, tal concepción tampoco explica la incidencia de elementos independientes del libre arbitrio de los Estados en el proceso de formación del derecho internacional contemporáneo. Si es por su libre voluntad que los Estados crean y aplican las normas del derecho internacional –como busca sostener aquella concepción, –también es por su libre voluntad que los Estados violan estas normas, y la concepción voluntarista de ese modo se revuelve, patéticamente, en círculos viciosos y acrobacias intelectuales, incapaz de proveer una explicación razonable para la formación de normas consuetudinarias y la propia evolución del derecho internacional general" (ver, "Caso Blake", sentencia del 24 de enero de 1998, cons. 23).

F) Consolidación del Derecho Penal Internacional y de sus principios. Continuación

Dentro de los instrumentos que reflejan la aceptación universal de los derechos humanos fundamentales puede citarse el **"Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales"**, firmado en Roma en 1950, en el que, además de ratificarse el valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece la prohibición de la tortura así como de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3). Asimismo, se establecen los derechos fundamentales a la vida y a la libertad y se exponen las reglas básicas que conforman el derecho a un proceso judicial "equitativo" (art. 6).

Finalmente, en su art. 7 se ratifica el principio de la responsabilidad de los individuos por delitos de derecho internacional al expresarse que:

"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y castigo de una persona culpable de una acción que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

La imposición de sanciones penales a los individuos por la comisión de crímenes de derecho internacional también se preveía en los **Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad** elaborados por la Comisión de Derecho Internacional en 1951 y 1954, en los que se disponía que "los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional, por los que deberá castigarse al individuo responsable". También en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1966 se sienta este principio y reitera que "un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual" (art. 2) y que "los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional" (art. 1) (Cfr., Greppi, Edoardo, "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional", Revista Internacional de la Cruz Roja n 835, 30 de septiembre de 1999, ps. 531/554. El artículo citado puede consultarse en el sitio oficial de esteorganismo, *http://www.icrc.org/icrcspa)*. Cabe aclarar que la expresión "crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad" es un intento por denominar conjuntamente a los crímenes contra el derecho internacional, entre los que obviamente se encuentran los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

Con relación a los Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se ha afirmado que, pese al acuerdo existente en cuanto a la definición de los crímenes y sus consecuencias, la demora en su aprobación obedece a la imposibilidad de lograr el consenso necesario para la definición del término "agresión" (cfr., entre otros, Roberge, Marie Claude, "Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio", en Revista Internacional de la Cruz Roja n 144, 1 de noviembre de 1997, ps. 695/710. El artículo citado puede consultarse en el sitio *http://www.icrc.org/icrcspa)*.

El reconocimiento de la categoría "crímenes contra la humanidad" así como su "estatuto jurídico" surge, además de todos los instrumentos, resoluciones, fallos y opiniones doctrinarias ya citadas, de una innumerable cantidad de otros pronunciamientos en igual sentido.

Entre esos instrumentos se halla la **resolución 3074** (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 3 de diciembre de 1973, titulada **"Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad"**, en la que se afirma la necesidad de juzgar y sancionar penalmente a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En efecto, el art. 1 dispone que "Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas" (art 1).

Asimismo, se establece la necesidad de que los Estados tomen todas las medidas a tal fin y cooperen entre sí para facilitar la concreción de ese propósito: "Los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin" (art. 3) y "...no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad" (art. 8).

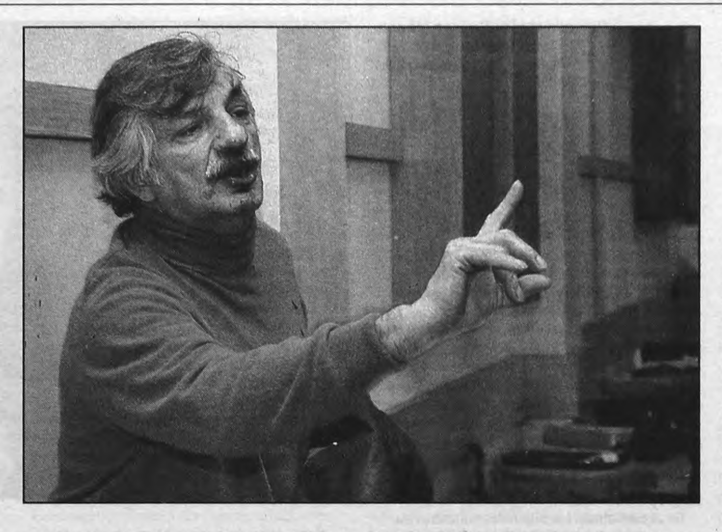
Según el fallo del tribunal norteamericano, "El derecho internacional provee que ciertos delitos pueden ser castigados por cualquier estado porque los delincuentes son enemigos de toda la humanidad y todas las naciones tienen un interés en su aprehensión y castigo".

Al respecto, cabe destacar que tanto en el Estatuto de los Tribunales Internacionales creados ad–hoc para juzgar los crímenes de derecho internacional cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, como en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional Permanente, aprobado el 17 de julio de 1998, se definen dichos crímenes y, entre ellos, por supuesto, se encuentran los crímenes contra la humanidad (o "de lesa humanidad") y el genocidio.

Aunque no siempre los contornos de esas figuras aparecen claramente determinados en los diversos instrumentos en las han sido incluidas, está claro desde la Segunda Guerra Mundial que el asesinato, el secuestro, la tortura, los tratos crueles e inhumanos, perpetrados a gran escala y de acuerdo a un plan sistemático o preconcebido y llevado a cabo por funcionarios estatales y/o con aquiescencia estatal son "crímenes contra la humanidad", esto es, "crímenes de derecho internacional".

De todas estas conductas quizás sea la **tortura** la que mayor atención concitó en la comunidad internacional dado que fue objeto de especial atención en diversos ámbitos.

Al respecto, cabe destacar que aunque no se mencionó expresamente a la tortura en la defini-



El otro acusado: Julio Simón, alias "El Turco Julián".

ción de "crímenes contra la humanidad" en el art. 6.c. del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, fue considerada en ese proceso como incluida dentro de la expresión "otros actos inhumanos".

Sí fue mencionada expresamente en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado que sentó las bases para el juzgamiento de los crímenes cometidos en las cuatro zonas de ocupación que no ingresaron en la competencia del Tribunal de Nüremberg. En efecto, el art. II de la citada Ley mencionaba expresamente a "...el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetran" (Cfr., Roberge, Marie-Claude, op. y loc. cit).

Asimismo, la prohibición de la tortura fue mencionada expresamente y en forma reiterada en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos humanos que surgieron con posterioridad a la Segunda Guerra, muchos de los cuales fueron mencionadas más arriba.

A ellos, cabe agregar el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, adoptado por la resolución 2.200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, en cuyo art. 7 dispone que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

También se afirmó esa prohibición en 1969 al aprobarse la **"Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica)**, en cuyo artículo 5 se dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (5.1) y que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (5.2).

Unos años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas insistió con la prohibición de la tortura mediante la **"Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes"**, resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, en la que aporta una definición de tortura similar a la que más adelante quedará incorporada a la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" (1984).

Establece el artículo 1:

1. "A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras".

Ya en la propia definición de tortura se condena la participación de funcionarios del estado, lo que indica claramente una de las características que ha tenido históricamente la práctica de la tortura: la de estar vinculada a la actividad estatal.

En el artículo siguiente se califica a la tortura y a todo otro trato o pena cruel, inhumano o degradante como "...una ofensa a la dignidad humana..." que "...será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos".

A su vez, el artículo 3 establece que "Ningún Estado permitirá o tolerará tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podráninvocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

En la Declaración también se afirma el deber de investigar toda denuncia de aplicación de torturas o de otros tratos o penas crueles o inhumanos por parte de un funcionario público o por instigación de éste (art. 8), investigación que debe promoverse incluso de oficio en caso que haya motivos razonables para entender que se usaron tales prácticas.

Se expresa, asimismo, que todo Estado "asegurará" que los actos de tortura constituyan delitos conforme a la legislación penal (art. 7) y que el funcionario público que aparezca como culpable de la aplicación de torturas deberá ser sometido a un **proceso penal** (art. 10).

Esta Declaración es un antecedente de las convenciones que años más tarde se celebraron con relación a la tortura tanto a nivel universal como regional.

En efecto, la extensión de la utilización de la tortura por parte de agentes estatales o bajo su control en la represión política llevó a que se insistiera con la prohibición de esa práctica. En este sentido, además de las diversas declaraciones y pronunciamientos al respecto, cabe destacar la adopción de la **"Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes"** (aprobada por Argentina por ley 23.338 del 30 de julio de 1998), adoptada por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Res. 39/46).

En dicha Convención se definió a la tortura en términos similares a los expresados en la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" de 1975. Se dispone que se entenderá por tortura "...todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia" (art. 1.1).

Como puede observarse, nuevamente se insiste en incorporar a la propia definición de "tortura" la participación de miembros de órganos estatales en su aplicación.

Materias que antes se consideraban de jurisdicción interna pueden con el tiempo transformarse en nuevas reglas del derecho internacional. Así ha ocurrido con la tortura oficial, su prohibición es parte de la costumbre del mismo modo que la piratería y el tráfico de esclavos.

Mediante esta Convención, además de constituirse el Comité contra la Tortura –con facultad de recibir, solicitar y analizar informes sobre la práctica de la tortura–, se insistió en la necesidad de la sanción penal de los responsables de la aplicación de torturas, en la inadmisibilidad de la invocación de órdenes superiores como justificación de la tortura ni de la existencia de circunstancias excepcionales, como inestabilidad política interna (arts. 2 y 4).

Asimismo, se establecieron reglas para permitir la extradición de los acusados de tortura y se afirmó la **jurisdicción universal** para la persecución penal de este delito (arts. 8 y 5.2).

A través de esta Convención, en síntesis, se reiteró la prohibición de la tortura y la necesidad de que los responsables no queden sin sanción penal. Sin embargo, debe insistirse en que no se creó un crimen nuevo. En este sentido puede citarse la autorizada opinión Burgers y Danelius (el primero fue presidente del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas en la Convención y el segundo el redactor de su borrador final), quienes "...En su manual acerca de la Convención sobre la tortura (1984)...escribieron en la p. 1: 'Muchas personas presumen que el principal objetivo de la Convención es prohibir la tortura y otros tratos o castigos crueles,inhumanos o degradantes. Esta presunción no es correcta en cuanto implicaría que la prohibición de estas prácticas está establecida bajo el derecho internacional por la Convención solamente y que la prohibición será obligatoria como una regla del derecho internacional sólo para aquellos estados que se han convertido en partes en la Convención. Por el contrario, la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas arriba mencionadas ya están prohibidas bajo el derecho internacional. El principal objetivo de la Convención es fortalecer la prohibición existente de tales prácticas mediante una cantidad de medidas de apoyo" (Cfr. voto de Lord Millet, en "La Reina c/Evans...", fallo cit., p. 107).

A nivel regional se firmó el 9 de diciembre de 1985 la **"Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura"** (aprobada por la República Argentina el 29 de septiembre de 1998 mediante ley 23.952), que recogió principios similares a los contemplados en la Convención recién aludida como la obligación de "...prevenir y sancionar la tortura" (art.1), la inadmisibilidad de la eximición de responsabilidad penal basada en haber recibido órdenes superiores (art. 4) o de su justificación en razón de existir inestabilidad política interna, conmoción interior, etc. (art. 5). Asimismo, se establecen pautas para facilitar la extradición de las personas acusadas y la obligación de perseguir penalmente los casos de tortura, incluso los cometidos fuera de lugares sometidos a su jurisdicción cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo (art. 12).

En los considerandos de dicha Convención se reafirmó que "...todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

El contenido de estos instrumentos fue reafirmado en todos los que se elaboraron con posterioridad. De todos modos, está claro ya que para la época en que los hechos investigados tuvieron lugar, la prohibición de la tortura formaba parte ineludible del derecho imperativo dirigido tanto a los estados como, personalmente, a los funcionarios estatales. En otras palabras, la utilización de la tortura como práctica oficial comprometía la responsabilidad internacional del estado y la responsabilidad individual de quienes la ejecutaran frente al derecho de gentes.

Lo dicho fue puesto de manifiesto también por diversos pronunciamientos judiciales realizados por cortes nacionales de diversas latitudes.

G) Jurisprudencia de tribunales domésticos de diversos estados miembros de la comunidad internacional

La consideración de ciertas conductas como "crímenes de derecho internacional", así como el hecho de que tal característica confiere a esas conductas un estatuto jurídico particular del que se derivan consecuencias prácticas concretas en el juzgamiento de las personas acusadas de su comisión o participación, surge no sólo de los instrumentos que han sido mencionados (de modo no exhaustivo), sino asimismo de la aplicación de tales reglas y principios por parte de **tribunales domésticos** que diversos países.

Cabe mencionar alguno de los procesos en los que se juzgaron "crímenes de derecho internacional" por parte de tribunales locales de un determinado Estado o bien se llevaron a cabo procesos de extradición sobre la base del particular status jurídico que se les reconoce a tales conductas. En primer término, debe recordarse la gran cantidad de procesos penales que se realizaron contra las personas acusadas de crímenes de derecho internacional luego de la Segunda Guerra Mundial, tanto en las cuatro zonas de ocupación (por parte de cada una de las potencias ocupantes), como en diversos países que juzgaron a los acusados en virtud de su competencia territorial, toda vez que los procesos penales se llevaron a cabo en el lugar de comisión de los hechos.

Ya me he referido a la cuestión más arriba. Sin embargo cabe recordar que fueron cerca de 15.000 los procesos penales realizados por crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad sólo en las zonas de ocupación. (Cfr., Bassiouni, op. cit., p. 18). A ellos debe agregarse los que con posterioridad continuó realizando Alemania una vez que finalizó la ocupación por parte de las fuerzas aliadas y que continúan realizándose hasta el día de hoy, tanto en Alemania como en otros países principalmente europeos.

En tal sentido, fuera de Alemania se habrían realizado, según un informe de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas una gran cantidad de procesos en varios países: en Estados Unidos, 809; en Gran Bretaña, 524; en Australia, 256; en Francia, 254; en Países Bajos, 30, en Polonia, 24, en Noruega, 9; en Canadá, 4 y en China, 1 (Idem).

El primer caso donde un estado no beligerante en la Segunda Guerra Mundial juzgó a una persona acusada de crímenes de derecho internacional, fue el que se siguió en el año 1962 en Israel contra Adolf Eichmann. Este caso tiene relevancia, por un lado, para demostrar la aceptación de que ciertas conductas prohibidas por el ordenamiento internacional (entre las que se encuentran el asesinato y los malos tratos a los prisioneros) son "crímenes de derecho internacional". Al respecto, debe decirse que, entre otros cargos, Eichmann fue juzgado por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

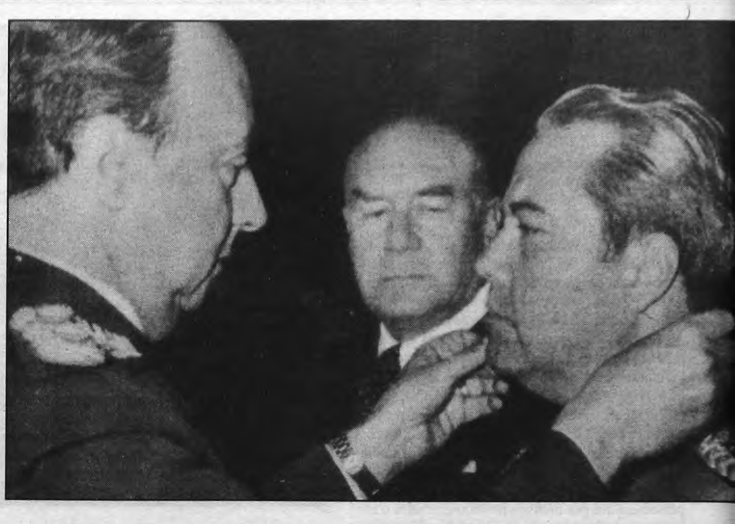
Por otra parte, el caso es valioso para demostrar la plena vigencia de una de las consecuencias que se derivan de la comisión de una conducta que es considerada crimen de derecho internacional: la **jurisdicción universal** En efecto, es un principio aceptado que tales crímenes, dado que tienen a la humanidad entera como víctima, dan lugar a que cualquier país, a través de sus tribunales domésticos, juzgue los hechos, satisfaciendo de este modo la expectativa que la comunidad internacional tiene en que los autores de esos crímenes sean efectivamente juzgados y penados.

En el caso "Eichmann", si bien la Corte de Distrito israelí que intervino, fundó su competencia en el vínculo histórico entre el Estado de Israel y el pueblo judío (vale recordar que el Estado de Israel fue fundado con posterioridad al fin de la Segunda Guerra), la Corte Suprema afirmó la jurisdicción de Israel en el carácter universal de los crímenes por los que se acusaba a Eichmann lo que justificaba la aplicación de la doctrina de la jurisdicción universal. La Corte citó el caso "Lotus 7" de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1927, en el que se afirmó que no existía ninguna norma de derecho internacional que impidiera a un Estado juzgar a un extranjero por un acto cometido fuera del límite de sus fronteras (Cfr., voto de Lord Millet, en "La Reina c/Evans..." –caso Pinochet–, cit, p.106) y expresó que "...En ausencia de una Corte Internacional el derecho internacional necesita de las autoridades legislativas y judiciales de cada país, para ejecutar sus disposiciones penales y llevar los criminales a juicio. La autoridad y jurisdicción para juzgar crímenes bajo el derecho internacional son universales" (Cfr., Zuppi, A.L., "La jurisdicción extraterritorial...", cit., p. 59, donde se cita "The Attorney–General of the Governement of Israel v. Eichmann, 56 AJIL, 1962, 805–845).

Los crímenes de guerra han sido reemplazados por crímenes contra la humanidad. La forma en que un estado trataba a sus ciudadanos se ha convertido en preocupación legítima de la comunidad internacional. Los crímenes más serios contra la humanidad eran el genocidio y la tortura.

Según afirma Lord Millet en el voto citado la regla de la jurisdicción universal "...parece haber sido una fuente independiente de jurisdicción derivada del derecho internacional consuetudinario,

Coordinación: Suárez Mason condecora a un socio chileno de la represión.



que formaba parte del derecho no escrito de Israel, y que no dependía de la ley" (Cfr., "La Reina c/Evans...", fallo cit., p. 106).

La Corte israelí, a su vez, se explayó sobre la jurisdicción que tenía para juzgar el delito de genocidio, mostrando correctamente la diversidad de fuentes de las que surgen las normas del derecho internacional que vinculan a los Estados, al explicar, con relación a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (que otorga competencia para juzgar casos de genocidio tanto al país donde ocurrieron los hechos como a un tribunal internacional), que, en palabras de la Corte: "El artículo VI refleja una obligación contractual de las Partes en la Convención, para aplicarla a partir de ese momento. Ello significa, los obliga a ellos a perseguir casos futuros de genocidio que tengan lugar dentro de sus fronteras. Pero ese compromiso no tiene nada que hacer con el poder universal que tiene cada Estado de perseguir casos de este tipo que tuvieron lugar en el pasado, poder éste que se basa en el derecho internacional consuetudinario" (tomado de Zuppi, A.L., "La jurisdicción extraterritorial...", cit., p. 59).

El caso tuvo una derivación hacia los tribunales norteamericanos, a raíz de un pedido de extradición formulado por Israel a los Estados Unidos de América (caso "Demjanjuk v. Petrovsky"). En dicho caso se reconoció la jurisdicción de los tribunales de Israel para juzgar al acusado (un guardián de un campo de concentración nazi) sobre la base de que los crímenes por los que se lo acusaba eran "...crímenes universalmente reconocidos y condenados por la comunidad de países y que son crímenes contra el derecho de gentes y contra la humanidad y que, por consiguiente, el país que incoa diligencias judiciales actúa en nombre de todos los países" (Cfr., Roberge, Marie–Claude, op. y loc. cit., sin cursiva en el original, quien cita "Demjanjuk v. Petrovsky", 776 f. 2d. 571, 6ª. Circ., 1985, cert Denied, 475 U.S. 1016, 1986).

Según el fallo del tribunal norteamericano que hizo lugar a la extradición, "El derecho internacional provee que ciertos delitos pueden ser castigados por cualquier estado porque los delincuentes son enemigos de toda la humanidad y todas las naciones tienen un interés equivalente en su aprehensión y castigo" (Cfr., voto de Lord Millet, fallo y loc. cit.).

Cabe mencionar también el proceso seguido en Francia contra Klaus Barbie, quien fue condenado por crímenes cometidos cuando el nombrado era jefe alemán de la Gestapo en Lyon.

El Tribunal de Casación francés, en su sentencia del 20 de diciembre de 1985, "...dictaminó que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles y que pueden ser objeto de un procedimiento judicial en Francia, cualesquiera que hayan sido la fecha y el lugar de su comisión" (Cfr. Roberge, Marie–Claude, op. y loc. cit). El tribunal expresó que "Considerando que son crímenes imprescriptibles de lesa humanidad, en el sentido del artículo 6 (c) de los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, –aunque se podrían calificar también de crímenes de guerra en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 (b) del mismo texto– los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre de un Estado que practica una ideología política hegemónica, se han cometido de manera sistemática, no sólo contra personas pertenecientes a un grupo racial o religioso, sino también contra los adversarios de esta ideología, sea cual fuere la forma de su oposición" (Idem).

Como ya fuera dicho más arriba, el Tribunal consideró que las conductas que cabe considerar como "crímenes contra la humanidad" no requieren para ser considerados tales, que sean cometidas en conexión con un conflicto armado.Respecto de las condiciones para que un hecho sea calificado como "crimen contra la humanidad", observó la Corte Suprema de Holanda en el caso Menten que debe verificarse que su comisión forme parte de un sistema basado en el terror o sea conexo con una clara política de persecución contra un grupo particular (Cfr., Zuppi, A.L., "La jurisdicción extraterritorial...", cit., p. 60, quien cita "Public Prosecutor v. Menten", 75 I.L.R., 1981, 362).

Algunos casos referidos a crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial se presentaron durante la última década en Canadá. En uno de ellos, se juzgó "crímenes de guerra y contra la humanidad" a Imre Finta. El acusado fue absuelto por el jurado. Sin embargo, lo que cabe destacar de este caso es que la Corte Suprema canadiense aceptó la jurisdicción universal para juzgar esos crímenes (Cfr., Zuppi, A.L., "la jurisdicción extraterritorial...", cit., p. 63). Asimismo, en el caso "Rudolph v. Canadá", la Corte Federal de Apelaciones que intervino calificó los hechos de una persona de origen alemán como "crimen contra la humanidad" al conocer en un pedido de extradición en su contra.

Un caso trascendente en la jurisprudencia norteamericana sobre jurisdicción extraterritorial de los tribunales de ese país se produjo en 1980, al demandarse a un oficial de la policía secreta paraguaya (Peña Irala) por parte de los familiares de Joelito Filártiga quien habría sido torturado y asesinado por Peña Irala.

En el caso citado los tribunales norteamericanos aceptaron su jurisdicción extraterritorial basándose en el § 1350 de la Alien Tort Statute de 1789 que otorga jurisdicción a las Cortes de distrito cuando se intenta una acción civil por parte de un extranjero por un hecho lesivo, cometido en violación a "la ley de las naciones o a un tratado de los Estados Unidos" (Cfr. Colautti, Carlos E., "El artículo 118 de la Constitución Nacional y la jurisdicción extraterritorial", La Ley, 1998–F, p.1100, quien cita "Dolly M. Filartiga v/Américo Peña Irala", United Stated Court– Second District, junio 30–1980).

Más allá de tratarse de un caso civil, este precedente, junto a otros posteriores que ratificaron lo sostenido en "Filártiga", es valioso dado que la jurisdicción se acepta por parte de la justicia norteamericana por tratarse crímenes de derecho internacional. "El tribunal aceptó su jurisdicción expresando que se trataba de su interpretación del moderno derecho internacional. Sostuvo que materias que antes se consideraban como de jurisdicción interna, pueden con el tiempo transformarse en nuevas reglas del derecho internacional consuetudinario. Así ha ocurrido -afirmó– con la tortura oficial, su prohibición es hoy parte de la costumbre internacional del mismo modo que la piratería y el tráfico de esclavos estaban prohibidos antiguamente" (Ibídem, p.1101). Agregó que "Los tribunales deben interpretar la ley internacional no como era en 1789, sino como ha evolucionado y existe hoy entre las naciones del mundo" y recordó que "la ley de las naciones puede deducirse consultando el trabajo de los juristas, que se refieren expresamente al derecho público o los usos y prácticas de las naciones; o las decisiones judiciales que establecen el derecho vigente" (Idem).

El tribunal expresó que "...en esta era moderna el trato de los Estados a sus propios ciudadanos es un problema de preocupación internacional"; asimismo, manifestó que el "...fundamento constitucional de la ley de ilícitos contra extranjeros es el derecho de las naciones que ha sido siempre parte del common law federal" (Ibídem, p. 1102).

Cualquiera fuera la interpretación que se sostenga respecto del alcance de la figura de "genocidio", las consecuencias jurídicas que pudieran tener alguna incidencia en el caso derivadas del hecho de estar frente a "crímenes contra el derecho de gentes".

Unos años después, en 1987, la Corte de Distrito Norte de Carolina coincidió con lo sostenido por el tribunal del caso "Filártiga", al tratar la demanda de dos ciudadanos argentinos contra Suárez Mason ("Forti v. Suárez Mason"), en cuanto a la aplicación del Alien Tort Act y consideró a la tortura, a la detención arbitraria prolongada, a las ejecucionessumarias, a la desaparición forzada de personas y a los tratos crueles, inhumanos o degradantes como violatorios de la ley de las naciones. Asimismo, rechazó la aplicación de la "teoría del acto de estado", invocada por la defensa a fin de que se le reconociera inmunidad. La Corte consideró que podría decirse que la conducta de Suárez Mason fue oficial pero que los actos de un jefe de policía que tortura o manda torturar a prisioneros bajo su custodia de ningún modo ingresa dentro de los límites de la teoría del acto de estado regulada en la FSIA (Foreign Sovereign Inmunities Act) (cfr. 672 F.Supp. 1531).

Otra sentencia relevante que consideró nuevamente hechos ocurridos en nuestro país durante el régimen de facto de 1976–1983 a la luz del derecho internacional consuetudinario fue la dictada por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, el 22 de mayo de 1992 en el caso "Siderman v. Argentina" (Publicado en ED 154–99, con traducción y comentario de Alberto L. Zuppi). En él se consideró la demanda de la familia Siderman, para ese entonces residente en aquel país, contra la República Argentina y la Provincia de Tucumán sobre la base de las torturas y la expropiación de la propiedad que había sufrido José Siderman a manos de oficiales militares argentinos.

En su sentencia la Corte de Apelaciones revocó el fallo de la Corte de Distrito que había rechazado la demanda al considerar que la FSIA otorgaba inmunidad al estado argentino para ser juzgado por tribunales norteamericanos y que en el caso no se daba ninguna excepción a la regla de la inmunidad del estado para comparecer ante tribunales extranjeros. La Cámara de Apelaciones entendió, en cambio, que la República Argentina había renunciado implícitamente a su inmunidad soberana y por lo tanto ordenó continuar con el proceso.

Sin embargo, lo que aquí interesa es el tratamiento que la Corte de Apelaciones dio a los hechos alegados por Siderman al analizarlos a la luz de las prohibiciones del derecho internacional consuetudinario.

En primer término recordó la definición de **ius cogens** contenida en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y expresó que éste abarca el "**...derecho considerado obligatorio para todas las naciones y se deriva de valores estimados fundamentales por la comunidad internacional, antes que de las elecciones fortuitas e interesadas de las naciones**". En este sentido, la Corte de Apelaciones estableció que, a diferencia de lo que sucede con las normas consuetudinarias que no han alcanzado el rango de ius cogens, estas últimas rigen para todos los estados aún con total prescindencia de su consentimiento. Agregó que "La legitimidad de las acusaciones en Nüremberg no se apoyaron en el consentimiento de las potencias del Eje o de los acusados particulares, sino en la naturaleza de los actos cometidos por ellos: actos que la ley de todas las naciones civilizadas define como criminales... **Los derechos humanos universales y fundamentales identificados en Nüremberg –derechos contra el genocidio, la esclavitud y otros actos inhumanos...– son los ancestros directos de las normas universales y fundamentales reconocidas como ius cogens. En las palabras de la Corte Internacional de Justicia, estas normas, las que incluyen 'principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana', son preocupaciones de todos los estados, 'son obligaciones erga omnes'**. 'The Barcelona Traction, Light & Power Co. «Bélgica v. España», 1970, I.C.J. 3, 32" (Cfr., cit., p. 130, sin negrita en el original).

La Corte consideró en particular la prohibición de la tortura y citó como antecedentes otros casos de la jurisprudencia norteamericana, entre ellos "Filártiga" y "Forti v. Suárez Mason", donde se trató la proscripción de esa práctica por parte del derecho internacional consuetudinario aceptado por todas las naciones; también citó la opinión de los más destacados juristas y el Restatement, § 702 Comment n (publicación que incluye a latortura junto al genocidio, la esclavitud, el asesinato o la desaparición de personas, la detención arbitraria prolongada y la discriminación racial sistemática dentro de las normas de ius cogens), y afirmó que "...sería impensable concluir otra cosa que los actos de tortura oficial violan al derecho consuetudinario internacional. Y mientras no todo el derecho consuetudinario internacional tiene la fuerza de jus cogens, la prohibición contra la tortura oficial ha obtenido tal status" (Ibídem, p. 132).

Existen otros casos de la jurisprudencia norteamericana que califican a la tortura, las ejecuciones sumarias y a hechos similares a los que se llevaron a cabo durante el gobierno militar de 1976 a 1983 como infracciones a la ley de las naciones o violaciones al ius cogens, entre ellos, "Comitee of U.S. Citizens Living in Nicaragua v. Reagan", "Tel Oren v. Libyan Arab Republic" (Citados en "Siderman"), "Von Dardel v. URSS" o "Karic v. Karadzic" (citados por Zuppi, A.L., "La jurisdicción extraterritorial...", cit., ps. 62/3).

También cabe citar aquí un caso reciente y que tuvo gran repercusión: el pedido de extradición de Augusto Pinochet por parte del Reino de España que tramitó ante los tribunales del Reino Unido. El pedido de extradición se refería a cargos por hechos de similar naturaleza a los relatados en el capítulo II de esta resolución. En breves palabras de Lord Browne-Wilkinson: "No existe real discusión de que durante el período del régimen del Senador Pinochet terribles actos de barbarie fueron cometidos en Chile y en otros lugares del mundo: tortura, homicidio y la desaparición no explicada de individuos, todo en gran escala" (Cfr., su voto en "La Reina c/Evans...", fallo cit., p. 60).

El tribunal que decidió el caso en última instancia, la Cámara de los Lores, reconoció ampliamente la condición de **"crímenes de derecho internacional"** que, ya para la época del golpe militar del 11 de septiembre de 1973 encabezado por Pinochet, se les reconocía a los hechos imputados al nombrado.

En efecto, se afirma que "La tendencia es clara. Los crímenes de guerra han sido reemplazados por crímenes contra la humanidad. La forma en que un estado trataba a sus propios ciudadanos se ha convertido en un tema de preocupación legítima de la comunidad internacional. Los crímenes más serios contra la humanidad eran el genocidio y la tortura. El uso a gran escala de la tortura y el homicidio por parte de las autoridades del estado para fines políticos había llegado a ser considerada como un ataque al orden internacional" (Cfr. voto de Lord Millet, fallo cit., p. 107).

"La 'desaparición' parece ser un expediente cómodo para evitar la aplicación de las disposiciones en defensa de la libertad individual, de la integridad física, de la dignidad y de la vida misma del hombre. Con este procedimiento se hacen negatorias las normas legales.

Se destaca que la prohibición de esas prácticas, con particular énfasis en la tortura oficial, tiene su fuente en el derecho internacional consuetudinario, vigente mucho antes de la sanción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes el 10 de diciembre de 1984, y se reitera en varios pasajes la jerarquía de ius cogens de esas normas consuetudinarias: "...el uso sistemático de tortura en una gran escala y como un instrumento de política de estado se habían unido a la piratería, crímenes de guerra y crímenes contra la paz como un crimen de jurisdicción universal mucho antes de 1984. Considero que ya lo había hecho para el año 1973" (Idem).

Asimismo, se pone de manifiesto reiteradamente que las conductas de tortura y aquellas que son consideradas "crímenes contra la humanidad", dan lugar, conforme un principio aceptado en el derecho internacional, a la **jurisdicción universal**.

Así Lord Browne–Wilkinson expresa que "Desde las atrocidades nazis y los juicios de Nüremberg, el derecho internacional ha reconoci-

do como crímenes internacionales a un cierto número de delitos. Estados individuales han tomado jurisdicción para juzgar algunos crímenes internacionales incluso en casos en que dichos crímenes no fueron cometidos dentro de lasfronteras geográficas de esos estados. El más importante de dichos crímenes a los fines presentes es la tortura..." (Ibídem, p. 59). En el mismo sentido Lord Hutton concluye que "Por lo tanto desde el fin de la segunda guerra mundial ha habido un claro reconocimiento por parte de la comunidad internacional de que ciertos crímenes son tan graves e inhumanos que constituyen crímenes contra el derecho internacional y que la comunidad internacional tiene el deber de traer a la justicia a una persona que comete tales crímenes. La tortura ha sido reconocida como un crimen semejante" (Ibídem, p. 97).

Cabe recordar que este fallo de la Cámara de los Lores tuvo lugar al haberse anulado uno anterior, por recusación de uno de los jueces, en el que también se había reconocido que los cargos formulados contra Pinochet en el pedido de extradición por parte de España eran "crímenes de derecho internacional" (Cfr., "La Reina c/Evans y otro y el Comisionado de Policía de la Metrópolis y otros –Pinochet–", del 25/11/1998, publicado en "Suplemento Especial de Derecho Constitucional. Caso Pinochet", La Ley, Buenos Aires, 11 de septiembre de 2000, ps. 11 y ss.). De este fallo puede citarse la opinión de Lord Steyn cuando afirma que "...la evolución del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial justifica la conclusión de que, para la época del golpe de estado de 1973, y ciertamente a partir de entonces, el derecho internacional condenó al genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes contra la humanidad (durante un conflicto armado o en tiempos de paz) como delitos pasibles de punición" (Cfr., Ibídem, p. 42).

H) Los hechos ocurridos en el marco de la represión política llevada a cabo entre los años 1976 a 1983 son crímenes contra el derecho de gentes

De todo lo que hasta aquí ha sido expuesto se desprende que **ya a la época de comisión de los hechos relatados en el punto II esas conductas eran consideradas crímenes contra el derecho de gentes o, en otras palabras, crímenes de derecho internacional, violatorias de aquellas normas que la comunidad internacional coloca en el nivel más alto de jerarquía (ius cogens)**.

Como puede observarse en la reseña efectuada en el punto anterior, ya en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg se consideraron crímenes contra el derecho de gentes a los delitos cometidos en el marco de una persecución por motivos políticos (en el art. 6.c del Estatuto se los llamó "crímenes contra la humanidad"). A partir de allí, y luego de que la comunidad internacional ratificara expresamente los principios jurídicos de Nüremberg, quedó claro que el asesinato, el secuestro, la tortura y la degradación de la persona mediante prácticas crueles o inhumanas, realizados por motivos políticos desde posiciones oficiales del estado o bajo su aquiescencia o complicidad, lesionan de tal modo los valores que la humanidad no duda en afirmar como esenciales y constitutivos de la personalidad humana, que se los considera crímenes contra la humanidad, es decir, crímenes cometidos contra toda ella. La gravedad de tales hechos se acrecienta aún más cuando, como en los hechos ocurridos en nuestro país, se realizan sistemáticamente y en gran escala.

Si bien para el año 1976 conductas de esa naturaleza eran consideradas crímenes contra la humanidad, con posterioridad a esa fecha la consideración de esas conductas como crímenes contra la humanidad no hizo más que consolidarse. Una muestra de ello es lo que disponen al respecto los Estatutos de los Tribunales ad–hoc para la ex–Yugoslavia y para Ruanda, y, sobre todo, la definición de las conductas que se consideran "crímenes de lesa humanidad" en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, sancionado el 17 de julio de 1998 o en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de 1996 (art. 18).Esta constatación de que los hechos descriptos en el punto II son "crímenes contra la humanidad" conforme al derecho vigente en la época de su comisión, y que continuó consolidándose con posterioridad, da lugar a que entren en consideración algunos principios y reglas generados en el derecho penal internacional específicamente para el juzgamiento de los crímenes contra el derecho de gentes, plenamente aplicables por los tribunales federales de nuestro país.

Lo dicho en el párrafo anterior respecto de la efectiva verificación de estar frente a hechos que constituyen "crímenes contra la humanidad" (y por lo tanto, "crímenes contra el derecho de gentes") resta valor práctico, en el presente caso, a la discusión que podría plantearse respecto del alcance del concepto de "genocidio" en punto a si abarca hechos que, como en el presente caso, aparecen cometidos por "motivos políticos".

Sabido es que al momento de firmarse la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), un grupo de países se opusieron a que en la definición del delito de genocidio se incluyera, a los "grupos políticos" como objeto de las acciones propias de este delito.

En consecuencia en dicha Convención el texto aprobado expresa que: "...se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo" (art. 2).

Vale recordar que en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg no se había previsto al genocidio como un delito independiente de los "crímenes contra la humanidad" sino que se lo había incluido dentro de esta expresión genérica (ver, supra, art. 6.c.).

Sobre la base de esta limitación que se realizó al firmarse la Convención de 1948, parte de la doctrina ha interpretado que la realización de las conductas descriptas en el art. 2 cuando se realizan contra personas que conforman un grupo político no constituyen genocidio sino, lisa y llanamente, crímenes contra la humanidad (Cfr. en este sentido, Gil Gil, Alicia, "Eficacia actual de la represión penal interna de los crímenes internacionales. Estudio sobre la sumisión a la jurisdicción española de los delitos cometidos durante la dictadura argentina bajo la calificación de genocidio", en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Ad–hoc, Buenos Aires, 1999, n 8 c, p. 491).

Otros en cambio, han postulado que si bien el texto de la Convención no menciona a los "grupos políticos", éstos están comprendidos dentro de la voz "grupo nacional". Al respecto, se sostiene que "grupo nacional" bien puede entenderse como grupo que dentro de una Nación se identifica por algún rasgo que lo distinga, por ejemplo, por su identidad política.

> ***La gravedad y repercusión que tuvo la práctica de la desaparición forzada de personas llevó, además, a que fuera mencionada expresamente dentro de los "Crímenes de lesa humanidad" en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, aprobado en 1998.***

Así lo han entendido, por ejemplo, los tribunales españoles que llevan adelante procesos penales por actos cometidos en el marco de la persecución política implementada por las autoridades de facto que gobernaron nuestro país entre 1976 y 1983. A diferencia de lo que ocurre en el presente caso, en estos procesos que se desarrollan en España sí parece relevante definir si los crímenes cometidos contra grupos políticos quedan comprendidos dentro del concepto "genocidio" dado que, en principio, de ello podría depender que los tribunales españoles tuvieran competencia, conforme a la ley española, para ejercer jurisdicción extraterritorial.

Al decidir la apelación en una de las causas aludidas, el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España, interpretando una norma penal deese país similar al art. 2 de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, afirmó que "grupo nacional" no significa "'grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación' sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor". Agrega dicho tribunal que: "En los hechos imputados en el sumario, objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio, que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado"; y que "La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo"; en consecuencia, consideró que los hechos eran genocidio (Cfr. fallo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, "Rollo de Apelación 84/98", del 4/11/98, citado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ad–hoc, Buenos Aires, mayo de 1999, n 8 C, ps. 600/1).

Esta interpretación se apoya, por un lado, en la mención de antecedentes internacionales que indican que la persecución por motivos políticos se consideraba comprendida dentro de la voz genocidio antes de la sanción de la Convención. Así, por ejemplo, la ya citada Resolución 96 (II) de la Asamblea General de la ONU, del 11 de diciembre de 1946 expresa que "el genocidio es un crimen de derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean éstos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que haya cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza".

Por otro lado, se sostiene que si bien no se incluyó el término "político" en el art. 2 de la Convención, tampoco se excluyó expresamente la persecución política, razón por la que sería plausible interpretar que los grupos políticos están comprendidos dentro de la expresión "grupo nacional".

Finalmente, cabe expresar que otros autores han puesto de manifiesto que la definición contenida en la Convención sobre genocidio de 1948, en tanto no menciona a los grupos políticos o a la persecución política, ha tomado un concepto más restringido que el vigente en el derecho internacional general con status de ius cogens, razón por la que habría una diferencia de alcance entre el término genocidio entendido como norma imperativa del derecho consuetudinario y el que rige a los efectos de la Convención (Cfr., en ese sentido el dictamen producido por el Instituto Max–Planck para el derecho Penal extranjero e internacional en Friburgo de Brisgovia, Alemania, a cargo de Ambos, Kai; Ruegenberg, Guido, Woischnik, Jan, titulado: "A pesar de las disposiciones nacionales de exclusión de pena ('normas de impunidad'): ¿es legalmente posible que la República Federal de Alemania persiga penalmente a miembros de organismos estatales de Argentina por delitos que involucran la 'desaparición de personas' cometidos en ese país durante el período de la dictadura militar (1976-1983)?", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n 8 c, cit., ps. 442/481).

Entiendo que no cabe extenderse sobre la interpretación de la voz "genocidio" ni valorar las posturas expuestas dado que, como ya fuera dicho, en el presente caso la cuestión carece de consecuencias prácticas. Ello, toda vez que, cualquiera fuera la interpretación que se sostenga respecto del alcance de la figura de "genocidio", las consecuencias jurídicas que pudieran tener alguna incidencia en el caso derivadas del hecho de estar frente a "crímenes contra el derecho de gentes", ya seproducirán de todos modos en razón de que efectivamente los hechos son "crímenes contra la humanidad".

Dicho de otro modo, la consideración de los hechos bajo el concepto de "genocidio" no es determinante en el caso desde el momento en que está claro que **las conductas en examen son "crímenes contra la humanidad" y, por lo tanto, "crímenes contra el derecho de gentes"**.

I) La consideración jurídica del fenómeno de las desapariciones forzadas

El sistema de represión política aplicado en nuestro país durante el período 1976–1983 también fue utilizado por aquellos años en otras partes del mundo. A nivel regional su aplicación se llevó a cabo en forma extendida y con similar metodología. Ello ha sido constatado, entre otros, por la Organización de Estados Americanos en varios informes (entre ellos, el "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina", producido por la C.D.I., ya citado) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cfr., Sentencia del 29 de julio de 1988, caso "Velásquez Rodríguez", punto X).

Asimismo, la particular metodología utilizada en la represión, caracterizada, por un lado, por el ingreso de las personas secuestradas a un sistema clandestino donde eran sometidas a distintos tipos de tratos crueles e inhumanos y que en la mayoría de los casos acababa en la muerte de la persona, y, por otro, por la falta total de información a los familiares sobre el destino y la suerte de las personas secuestradas, dio lugar a que se adoptara la expresión "desaparición forzada de personas" para denominar a esa práctica violatoria de múltiples derechos humanos.

Ya en el Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos correspondiente al año 1977, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expresó con los siguientes términos con relación al fenómeno de la desaparición de personas: "Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que los mismos están o han estado recluidos en determinados sitios de detención. Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la 'desaparición' no solo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también, un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material. Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los Derechos Humanos" (Cfr. "Informe sobre la situación...", ya citado, p. 59).

En el Informe Anual de la misma Comisión en 1976 se había afirmado que: "La 'desaparición' parece ser un expediente cómodo para evitar la aplicación de las disposiciones legales establecidas en defensa de la libertad individual, de la integridad física, de la dignidad y de la vida misma del hombre. Con este procedimiento se hacen en la práctica negatorias las normas legales dictadas en estos últimos años en algunos países para evitar las detenciones ilegales y la utilización de apremios físicos y psíquicos para los detenidos" (Cfr. "Informe sobre la situación...", ya citado, p. 60).Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuso en forma elocuente las características que esta práctica tuvo en la región, la preocupación internacional que generó esa situación y la multiplicidad de los derechos con ella violados. Asimismo, recordó que la práctica de la desaparición de personas constituía un "crimen contra la humanidad". En su sentencia del 29 de julio de 1988 así lo manifestó:

> ***Una primera consecuencia que surge ante la comisión de conductas de esta naturaleza es que la humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal, aún cuando el derecho doméstico del estado donde tuvieron lugar no las considere prohibidas penalmente.***

"149. En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad.

"150. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral.

"151. La creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20(XXXVI) de 29 de febrero de 1980, constituye una actitud concreta de censura y repudio generalizados, por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978), por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 de 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B (XXXII) de 5 de setiembre de 1979). Los informes de los relatores o enviados especiales de la Comisión de Derechos Humanos muestran la preocupación por el cese de esa práctica, por la aparición de las personas afectadas y por la aplicación de sanciones a los responsables.

"152. En el ámbito regional americano la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Comisión se han referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones, para calificarlas y para exigir que se les ponga fin (AG/RES. 443 (IX–0/79) de 31 de octubre de 1979; AG/RES. 510 (X–0/80) de 27 de noviembre de 1980; AG/RES. 618 (XII–0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 666 (XIII–0/83) del 18 de noviembre de 1983; AG/RES. 742 (XIV–0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual, 1978, ps. 22–24a; Informe Anual, 1980–1981, ps. 113–114; Informe Anual, 1982–1983, ps. 49–51; Informe Anual, 1985-1986, ps. 40–42; Informe Anual, 1986–1987, ps. 299–306 y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 1985 (Guatemala)).

"153. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, ps. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que " es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad " (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como " un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal " (AG/RES.742, supra). "154. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

"155. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal y que en lo pertinente dispone:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona."

"156. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue:

"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano."

"Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violacióntambién al derecho a la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención.

"157. La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza:

> ***Contra tal posibilidad, debe decirse que es prácticamente unánime la opinión de que las llamadas "cláusulas abiertas" de un texto constitucional deben interpretarse de un modo dinámico, esto es, conforme evolucionan los conceptos contenidos en dichas cláusulas.***

"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

"158. La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación." (Cfr., caso "Velásquez Rodríguez").

La condición de crimen contra la humanidad de la desaparición forzada de personas fue reafirmada, a su vez, el 18 de diciembre de 1992 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 47/133 titulada "**Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**".

En dicha Declaración la Asamblea General manifestó su profunda preocupación "...por el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley".

Asimismo, recordó que ya en su resolución 33/173 del 20 de diciembre de 1978 había mostrado su preocupación por la práctica de la desaparición forzada en diversas partes del mundo y expresó que "su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad".

Así fue calificada nuevamente al adoptarse en el ámbito regional la **"Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas"**, firmada en la ciudad de Belén do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

En los considerandos de dicha Convención se expresó que "...la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos" y que"...viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos". Asimismo se reafirmó "...que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad" (sin destacar en el texto original).

En la Convención se definió a la desaparición forzada en términos similares a los anteriormente indicados y se recogieron principios coincidentes en gran medida con aquellos que ya regían al respecto envirtud del derecho internacional general, como las obligaciones del Estado de "...no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales" (art. 1.a), y de "Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo" (art. 1.b), el principio aut dedere aut punire, esto es, la obligación de reprimir penalmente a los autores y partícipes o de proceder a su extradición (art. 4), la imprescriptibilidad de la acción y de la pena derivadas de la desaparición forzada de personas (art. 6) y la no eximición de responsabilidad penal por obediencia a órdenes superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada (art. 8).

La gravedad y repercusión que tuvo la práctica de la desaparición forzada de personas llevó, además, a que fuera mencionada expresamente dentro de los "Crímenes de lesa humanidad" en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, por alrededor de 120 países (entre ellos, Argentina). El artículo 7 1., que enumera aquellas conductas que se consideran crímenes de lesa humanidad, menciona en el inc. i) a la desaparición forzada de personas.

Lo dicho en este último punto muestra que las conductas llevadas a cabo en el marco de la represión política implementada desde órganos del Estado Argentino entre los años 1976 y 1983 ya eran crímenes contra el derecho de gentes a la fecha de su comisión, y que los desarrollo posteriores del derecho penal internacional reafirmaron esa circunstancia. Asimismo, debido fundamentalmente a los rasgos que caracterizaron a la metodología empleada y a su extensión en la región, la práctica represiva descripta fue motivo de la adopción de un término específico para denominarla ("desaparición forzada") y objeto de instrumentos internacionales donde se la condenó por violar los principios de humanidad más elementales reconocidos como inderogables por la comunidad internacional desde varias décadas atrás. En este sentido, la práctica de la desaparición forzada de personas fue incluida expresamente con esa denominación (aunque, obviamente, sus aspectos sustanciales ya estaban incluidos) dentro del catálogo de conductas que se consideran crímenes contra la humanidad.

J) Recapitulación y conclusiones parciales

Hasta aquí se ha descripto brevemente la existencia de un orden normativo sostenido por la comunidad internacional (al que se ha denominado "derecho penal internacional") que tiende a la tutela de los derechos más esenciales de la persona humana y que se traduce en principios y reglas de derecho asumidos, en su mayoría, como obligatorios por la comunidad internacional y, por ende, por aquellas naciones que la integran.

En este sentido, en diversas fuentes que han sido citadas más arriba se ha afirmado el carácter ius cogens que poseen las prohibiciones de ciertas conductas consideradas de suma gravedad y a las que se denomina crímenes contra el derecho de gentes o crímenes de derecho internacional.

Asimismo, también se ha afirmado el carácter ius cogens o el de obligaciones erga omnes que se les reconoce a las consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de alguna de aquellas conductas consideradas crímenes contra el derecho de gentes.

Una primera consecuencia que surge ante la comisión de conductas de esta naturaleza es que **la humanidad en su conjunto afirma su carácter criminal**, aún cuando el derecho doméstico del estado o estados donde tuvieron lugar no las considere prohibidas penalmente. Este principio, si bien puede registrar antecedentes más remotos, ha sido reafirmado no sólo en procesos criminales de Nüremberg en adelante, sino por la inmensa mayoría de los juristas y ha sido recogido en numerosos instrumentos internacionales comola Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.2), el III Convenio de Ginebra de 1949 (art. 99) y el I Protocolo Adicional (art. 75, 4, c), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950 (art. 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.2), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), entre otros.

Ello no es más que una manifestación de que conductas como las descriptas afectan por igual a toda la humanidad y por lo tanto, su carácter criminal no queda librado a la voluntad de un estado o más estados particulares, sino que es definido en un ámbito en el que las voluntades estatales individuales se integran con otras para afirmar principios y reglas que en ciertos casos regirán para un estado aun contra su voluntad (así el ius cogens o las llamadas obligaciones erga omnes).

Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables de esos crímenes (**responsabilidad de los individuos**) queda en cabeza del estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos. Por el contrario, toda la humanidad y los estados en que ésta se organiza tienen un **interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción punitiva** a sus autores o partícipes. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el derecho de gentes asigna competencia a todos los estados para el juzgamiento de los crímenes cometidos en su contra (**jurisdicción universal**).

> ***En el mismo sentido se pronuncia Sagüés, para quien los crímenes contra la humanidad deben entenderse comprendidos en la norma constitucional en análisis. Explica que "Los delitos iuris gentium no tienen ni pueden tener contornos precisos."***

Es claro que normalmente el enjuiciamiento y sanción penal estará a cargo del estado donde los hechos ocurrieron. Sin embargo, de ello no se deriva que tal estado, al llevar a cabo los juicios y aplicar las penas correspondiente a los culpables, actúe sólo en interés propio; **al enjuiciar y penar a los responsables el estado actuará en interés del conjunto de la comunidad internacional, interés superior al suyo individual**.

Es que el derecho penal internacional necesita para su realización de la negotiorum gestio de los estados nacionales y ello parece que seguirá siendo así aun cuando se establezca definitivamente un Tribunal Penal Internacional y se sancione un código de delitos de alcance internacional. Al respecto, cabe observar que tanto en los Tribunales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, como en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, la jurisdicción que se establece es concurren-



Nueve de Julio de 1980: se reúnen los detentadores del poder absoluto.

te o complementaria con la jurisdicción de los tribunales nacionales.

En consecuencia, dado que los principios y reglas definidos sobra la base del consenso de las naciones, y que integran el derecho penal internacional, requiere para su realización de la actividad de los estados que forman la comunidad internacional, el estado que tome intervención en el juzgamiento de una persona acusada de haber cometido un crimen contra el derecho de gentes, estará actuando en interés de toda la comunidad internacional.

Esta actuación, como ya ha sido dicho, normalmente la cumplirá el estado con competencia territorial sobre los hechos. En este sentido, la jurisdicción universal tal vez no deba ser vista sino como una medida de apoyo que el derecho penal internacional emplea para asegurar que los crímenes serán perseguidos y los autores juzgados, de modo inexorable.

Por otra parte, además de las consecuencias recién apuntadas, se ha reconocido la existencia de normas consuetudinarias (más allá de estar reflejadas también en tratados) que completan lo que vendría a ser una suerte de "estatuto jurídico" de los crímenes contra el derecho de gentes, y que se refieren a la imprescriptibilidad de tales delitos, a la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut punire) y a la inadmisibilidad de la obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal.Cabe recordar lo expresado por M. Cherif Bassiouni cuando sintetiza las obligaciones imperativas que surgen para los estados frente a la comisión de conductas que violen prohibiciones con rango de ius cogens. El autor citado menciona: "...el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda impunidad, comprendida la de los jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la 'obediencia debida' (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los 'estados de excepción' y la jurisdicción universal" (cfr, "Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", cit.).

Teniendo en cuenta lo dicho y toda vez que los hechos que aquí se investigan son delitos contra el derecho de gentes (crímenes contra la humanidad), en lo que sigue deberán considerarse las consecuencias jurídicas que de ello se derivan para nuestro ordenamiento jurídico.

IV. EL JUZGAMIENTO DE LOS HECHOS COMO CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD

A) Los crímenes contra el derecho de gentes en el ordenamiento jurídico argentino

La Ley Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico contiene, desde su redacción original, un expreso reconocimiento de los delitos "contra el Derecho de Gentes". Y no sólo eso, además de recibir esa categoría de delitos en la base de nuestro sistema jurídico, la propia Constitución Nacional asigna competencia al Poder Judicial de la Nación para juzgarlos, inclusive cuando sean cometidos fuera del territorio nacional. Es por ello que, justificadamente, se la ha calificado de "norma de avanzada y de insospechada actualidad" (Cfr. Sagüés, Néstor P., "Los delitos 'contra el derecho de gentes' en la Constitución Nacional'", ED, 146-936. p. 939).

En efecto, el art. 118 de la C.N. (originariamente, art. 102), ubicado en el capítulo relativo a las "Atribuciones del Poder Judicial", dispone: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

La norma transcripta, en la parte que aquí interesa destacar, consagra, por un lado, la regla forum delicti comissi según la cual los juicios criminales ordinarios deben llevarse a cabo "...en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito". Por otro, prevé un supuesto de jurisdicción extraterritorial para delitos cometidos contra el derecho de gentes. Lógicamente, en el supuesto de delitos cometidos fuera de nuestro territorio la regla forum delicti comissi no puede tener aplicación. Ante esta imposibilidad de aplicar la regla mencionada, el constituyente optó por delegar en el Congreso de la Nación la decisión acerca del lugar en el que se sustanciarán los juicios.

Está claro que en esta última parte del art. 118 la Constitución de la República no delega en el legislador la decisión acerca de si el Poder Judicial de la Nación tendrá o no competencia para juzgar delitos contra el derecho de gentes (cuestión que de modo afirmativo resuelve directamente la Constitución), sino que la delegación se circunscribe a la determinación del lugar de nuestro país en que se seguirán los juicioscuando los delitos contra el derecho de gentes se cometan fuera de nuestro territorio. En estos casos el lugar del juicio debe ser fijado mediante una ley dado que no es posible aplicar la regla forum delicti comissi que la Constitución Nacional establece para los delitos cometidos dentro de la República Argentina.

En otras palabras, conforme al artículo 118 (ex 102) de la Constitución Nacional, los tribunales nacionales son los encargados de juzgar los delitos contra el derecho de gentes (sean cometidos dentro o fuera de nuestro país). Cuando éstos se cometen dentro del territorio nacional rige la regla forum delicti comissi, en virtud de la cual el juicio se debe realizar en la provincia donde el delito fue cometido; en cambio, cuando el delito contra el derecho de gentes se haya perpetrado fuera del territorio argentino el juicio se debe realizar en el lugar que determine el Congreso mediante una ley especial.

Ahora bien, podría discutirse a qué delitos se estaba refiriendo el constituyente que, ya en 1853, estableció la jurisdicción argentina para juzgar delitos cometidos contra el derecho de gentes. El conjunto de conductas que en aquel momento se consideraban incluidas en esa categoría era, sin duda, diferente al actual. Como se ha visto más arriba, la noción de delitos contra el derecho de gentes es necesariamente variable y evoluciona históricamente. Se requeriría, tal vez, de una investigación histórica para poder determinar con exactitud en qué delitos estaban pensando los constituyentes cuando se refirieron a delitos contra el derecho de gentes. Sin embargo, creo que sería un desacierto plantearse una investigación de ese tipo a los efectos de utilizarla como pauta de interpretación que ciña el alcance del art. 118, in fine, (ex 102) exclusivamente a los delitos que pudiera haber tenido en mente el constituyente de 1853.

> ***Como puede observarse, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el derecho de gentes forma parte del derecho interno argentino y para su aplicación siempre ha tenido en cuenta la evolución paulatina que fue registrando esa rama del derecho.***

Contra tal posibilidad, debe decirse, en primer término, que es prácticamente unánime la opinión de que las llamadas "cláusulas abiertas" contenidas en un texto constitucional deben interpretarse de un modo dinámico, esto es, conforme evolucionan los conceptos contenidos en dichas cláusulas. En este sentido, Sagüés recuerda, con relación a las que llama "cláusulas progresivas" o "abiertas", que "...ya en 1910, en 'Wems vs. United States', la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la octava enmienda, en cuanto prohíbe las penalidades crueles y desusadas, 'no se atiene al significado anacrónico (de estas palabras), sino que puede adquirir sentido a medida que la opinión pública se esclarezca por obra de la justicia humana'. En buen romance, pues, el juez constitucional tendrá que actualizar permanentemente el concepto de 'pena cruel', recurriendo a datos extraconstitucionales, pero con el fin de cumplir (genuinamente) con la Constitución" (Cfr., Sagüés, Néstor P., "La interpretación judicial de la Constitución", Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 36/7).

Por otra parte, cabe expresar que no era desconocido para los hombres de 1853 que el derecho de gentes constituye una materia en continua evolución. Es más, esa evolución no sólo era ya reconocida sino que era deseada como una medida de progreso y de acercamiento entre las naciones y como una vía tendiente a la protección de la persona humana. Es por ello que no puede extrañar que volcaran al texto constitucional una expresión de textura abierta ("Derecho de Gentes") que pudiera acompañar ese progreso previsible en la materia y que no cerraran el alcance de la norma incorporando al texto constitucional un catalogo de los delitos o de los principios vigentes en aquel tiempo o que reflejara a los que eventualmente pudieran haber estado en mente del legislador constituyente al momento de redacción de la Constitución Nacional.

Más que establecer cuáles eran los delitos y los principios referidos a crímenes contra el derecho de gentes en 1853-1860, en gran medidasuperados por la evolución que esta materia ha registrado, conviene detenerse, al interpretar la norma, en el claro compromiso con la Ley de las Naciones que el constituyente dejó plasmado en el art. 102 (hoy 118) de la C.N. al establecer la persecución de los crímenes que afectan a toda la comunidad internacional (delitos contra el derecho de gentes) aún cuando ellos se cometan fuera de los límites de nuestra Nación.

Debe tenerse en cuenta asimismo que en la obra del padre de nuestra Constitución, Juan Bautista Alberdi, pueden encontrarse ideas tan de "avanzada y de insospechada actualidad" como se pregona respecto de la norma constitucional en análisis. Así, en "El crimen de la guerra" Alberdi, luego de citar la "grande obra de Grocio", para algunos el padre del derecho internacional, destaca el carácter necesariamente evolutivo del derecho de gentes al expresar que: "Era un progreso en cierto modo, el ver la guerra de este aspecto; porque en su calidad de derecho, obedece a principio de justicia, que la fuerzan a guardar cierta línea para no degenerar en crimen y barbarie. Pero, lo que fue un progreso ahora dos y medios siglos para Grocio, ha dejado de serlo bajo otros progresos, que han revelado la monstruosidad del pretendido derecho de la guerra, en otro sentido fundamental" (cfr., op. cit., editada por el H. Concejo Deliberante, Buenos Aires, 1934, p. 49).

Alberdi se refiere largamente al derecho de las naciones o derecho de gentes. En la obra citada, reitera en varios pasajes que la guerra es un "crimen de lesa humanidad" por el que deberían responder penalmente sus autores, lo que llevaría, según su opinión, a que su repetición fuera excepcional (op. cit., ps. 70, 94, 170, entre otras).

Asimismo, merecen destacarse algunos párrafos donde Alberdi asombra por su notable vigencia.

"La idea de la patria, no excluye la de un pueblo-mundo, la del género humano formando una sola sociedad superior y complementaria de las demás" (Idem, p. 173). "Para desenvolver el derecho internacional como ciencia, para darle el imperio del mundo como ley, lo que importa es crear la materia internacional, la vida internacional, es decir la unión de las Naciones en un vasto cuerpo social de tantas cabezas como Estados, gobernado por un pensamiento, por una opinión, por un juez universal y común" (Idem, p. 179).

"El derecho es uno para todo el género humano, en virtud de la unidad misma del género humano. La unidad del derecho, como ley jurídica del hombre: esta es la grande y simple base en que debe ser construido todo el edificio del derecho humano" (Idem, p. 183).

"Lo que se llama derecho de gentes, es el derecho humano visto por su aspecto más general, más elevado, más interesante.

"Lo que parece excepción tiende a ser la regla general y definitiva, como las gentes, que para el pueblo romano eran los extranjeros, es decir la excepción, lo accesorio, lo de menos, tienden hoy a ser el todo, lo principal, el mundo.

"Si es extranjero, para una nación, todo hombre que no es de esa nación, el extranjero viene a ser el género humano en su totalidad, menos el puñado de hombres que tiene la modestia de creerse la parte principal del género humano.

"Sólo en Roma, señora del mundo de su tiempo, ha podido no ser ridícula esa ilusión; pero ahora que hay tantas Romas como naciones, y que toda nación es Roma cuando menos en derechos y cultura, el extranjero significa el todo, el ciudadano es la excepción. El derecho nacional o civil, es la vanidad excepcional de esa regla" (Idem, 184/5).

"El hombre cree que la Tierra es el más grande de los planetas del universo, porque es el que está más cerca de él, y su cercanía la ofusca y alucina sobre sus dimensiones y papel en el universo. Los astros del firmamento, que son todo, parecen a los ojos chispas insignificantes. Hanecesitado de los ojos de Newton, para ver que la tierra es un punto. Por una causa semejante, con el derecho universal sucederá un poco lo que en la gravitación universal" (Idem, 186).

"Es preciso que las naciones de que se compone la humanidad, formen una especie de sociedad o de unidad, para que su unión se haga capaz de una legislación y de un gobierno más o menos común.

"Esta obra está en vías de constituirse por la fuerza de las cosas, bajo la acción de los progresos y mejoramientos de la especie humana que se opera en toda la extensión de la tierra que le sirve de morada en común". (Idem, 192).

"Las personas favoritas del derecho internacional son los Estados; pero como éstos se componen de hombres, la persona del hombre no es extraña al derecho internacional [...] El derecho internacional, según esto, es un derecho del hombre, como lo es del Estado; y si él puede ser desconocido y violado en detrimento del hombre lo mismo que del Estado, -tanto puede invocar su protección el hombre individual, como puede invocarlo el Estado, de que es miembro el hombre.

"Quien dice invocar el derecho internacional, dice pedir la intervención de la sociedad internacional o del mundo, que tiene por ley de existencia ese derecho, en defensa del derecho atropellado.

> ***Conforme lo hasta aquí expuesto, debe entenderse que el art. 118 de la Constitución Nacional recepta los postulados modernos del derecho de gentes, al menos los referidos a materia criminal (dado que dicha norma se refiere a "delitos" contra el derecho de gentes).***

"**Así, cuando uno o muchos individuos de un Estado, son atropellados en sus derechos internacionales, es decir como miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país** (Idem, sin negrita en el original).

"La intervención que piden, no la piden en nombre del Estado: sólo el gobierno es órgano para hablar en nombre del Estado. La piden en su nombre propio, por el derecho internacional que los protege en sus garantías de libertad, vida, seguridad, igualdad, etc.

"Así se explica el derecho del mundo a intervenir por la abolición de la esclavitud civil, crimen cometido contra toda la humanidad" (Idem, 231).

Estas expresiones de Alberdi denotan un pensamiento universalista, de avanzada para su época (y quizás aún para la nuestra), en el que pueden verse conceptos tales como crímenes contra la humanidad, la idea de responsabilidad penal individual por tales crímenes, la marcha hacia una ley común de los hombres universalmente reconocida en resguardo tanto de los Estados del mundo como de los individuos de cualquier latitud, la unidad del derecho, la superación de una concepción



de "patriotismo chauvin y antisocial" que "...ha muerto por sus excesos" a favor de la idea de "...cosmopolitismo, es decir, patriotismo universal y humano" (Idem, p. 134).

Todo ello refleja una clara concepción humanista, de apertura de nuestra Nación a los progresos del derecho de gentes, ley de las Naciones y de la que él denomina "ciudad–mundo".

A la luz de este pensamiento expresado por el padre de nuestra Constitución Nacional, del compromiso asumido en 1853–1860 con la comunidad internacional en el art. 102 (actual 118) C.N., y de la aplicación de los principios hermenéuticos reconocidos para las llamadas "cláusulas abiertas", sólo cabe interpretar al derecho de gentes que la Ley Fundamental consagra en su texto, en un sentido dinámico, esto es, tal como ha evolucionado desde 1853.

Esta línea de interpretación del art. 118 de la Constitución Nacional ha sido sostenida por la doctrina que en los últimos años se ha referido a su alcance. Así, Bidart Campos ha expresado: "Que en 1853–1860 los delitos contra el derecho de gentes, así denominados en el ex artículo 102, fueran pocos y diferentes a veces a los que hoy se incluyen en esa categoría (equiparable, a nuestro criterio, con la de delitos o crímenes de lesahumanidad), no tiene importancia alguna, porque aquel art. 102 –ahora 118– no enumeró ni definió este tipo de delitos, con lo que la interpretación dinámica de la constitución que tiene señalada la jurisprudencia de la Corte Suprema y la mejor doctrina, bien permite, y hasta obliga, a tomar en cuenta las valoraciones progresivas que históricamente han ido dando acrecimiento a la tipología delictual aludida. Hemos, por ende, de rechazar toda esclerosis interpretativa que ignore o desvirtúe el sentido actual del art. 118 en el fragmento que estamos comentando" (Cfr., Bidart Campos, Germán, "La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad", La Ley, Buenos Aires, año LXIV, n 161, 23 de agosto de 2000, p. 1).

En el mismo sentido se pronuncia Sagüés, para quien los crímenes contra la humanidad deben entenderse comprendidos en la norma constitucional en análisis. Explica que "Los delitos iuris gentium no tienen ni pueden tener contornos precisos. Su listado y tipología es forzosamente mutable, en función de las realidades y de los cambios operados en la conciencia jurídica prevaleciente" y concluye en que "El art. 102 in fine de la Constitución Nacional es una auténtica .cláusula abierta', en el sentido que capta realidades de su época (realidades mínimas ya que el catálogo de delitos juris gentium era en ese momento reducido) y realidades del presente como del futuro (puesto que engloba a figuras penales posteriores a su sanción). Resulta pues una norma de avanzada y de insospechada actualidad" (Cfr., "los delitos 'contra el derecho de gentes'...", cit., ps. 938/9).

Por su parte, Carlos Colautti sostiene idéntica interpretación y menciona como antecedentes de la norma a la Aliens Action for Tort Act, ya citada, que formaba parte de la judiciary Act norteamericana de 1789, y al art. 117 de la Constitución de Venezuela de 1811, prácticamente idéntico al actual 118 de nuestra Ley Fundamental. A favor de una interpretación dinámica de la cláusula constitucional Colautti trae el ejemplo de la "interesante interpretación evolutiva de los principios generales del Derecho Internacional" que hizo el Tribunal de Distrito que conoció en el caso "Filártiga" (citado en el Capítulo III) sobre la base de la Alien Action for Tort Act, cuando expresó que "Los tribunales deben interpretar la ley internacional no como era en 1789, sino como ha evolucionado y existe hoy entre las naciones del mundo" (Cfr., "El artículo 118 de la Constitución Nacional y la jurisdicción extraterritorial", La Ley, Buenos Aires, T. 1998–F, Sec. doctrina, p. 1101. También, de ese autor, "La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de gentes", La Ley, Buenos Aires, T. 1999–E, Sec. doctrina, p. 996).

Asimismo, la interpretación dinámica del derecho de gentes que aquí se sostiene es la que ha sostenido invariablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, desde antiguo, no sólo ha aplicado el derecho de gentes en numerosos casos que le ha tocado resolver, sino que lo ha hecho interpretando a tal derecho conforme éste ha ido evolucionando. Esta interpretación dinámica del derecho de gentes llevó, como veremos, a que la Corte interpretara el art. 118 C.N. como norma que recepta en nuestro derecho interno los **postulados modernos del derecho de gentes**.

Veamos algunos de los fallos donde el Alto Tribunal aplicó el derecho de gentes para la resolución de un caso, interpretándolo siempre conforme a la evolución que tal materia registraba al momento de su aplicación.

El 1 de junio de 1865 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Don Juan Marín v. Don Agustín Matienzo", consideró que la justicia federal tenía competencia para conocer en causas civiles contra los Ministros Diplomáticos sólo "...en los casos autorizados por el Derecho de Gentes, según el inciso tercero del artículo primero de la ley de catorce de Setiembre de mil ochocientos sesenta y tres..." (Fallos: 2:46). En éste, como en muchos otros posteriores, la remisión al derecho de gentesfue utilizada para determinar cuestiones de competencia de la justicia argentina o de inmunidad de representantes extranjeros.

Más relevante resulta el caso fallado el 26 de enero de 1867, en tanto la Corte sostuvo que "Siendo regido el presente caso por los principios del derecho internacional, cuya aplicación corresponde á la justicia federal...", debía rechazarse un planteo de incompetencia formulado. Sobre el fondo del asunto (una captura bélica de bienes muebles), el Alto Tribunal aplicó directamente los principios deducidos de la práctica de las naciones civilizadas y dejó en claro la evolución a la que está sujeta la materia. En efecto, la Corte consideró que correspondía aplicar "...los principios... respecto de la inviolabilidad de las propiedades muebles de los particulares á que obedece la práctica de las naciones civilizadas en las hostilidades que se hacen por tierra, cuando se hallan en estado de guerra; pues la neutralidad de las personas, efectos del comercio y bienes muebles de los estangeros ha sido elevada á principio con anterioridad á las últimas modificaciones que a favor de la humanidad se han introducido en el derecho moderno...". La Corte, precisamente sobre la base de esta evolución del derecho de gentes, consideró el posible error de derecho en el que habría incurrido una de las partes: "...el desconocimiento por parte de Ferrando de los principios y doctrinas que han mitigado el antiguo derecho de guerra, no arguye precisamente temeridad ó malicia, pudiendo atribuirse a un error inculpable" (Fallos: 4:50).

Asimismo en autos "Guillermo Sachs, súbdito del Imperio Alemán s/extradición" (Fallos: 28:31), la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia que concedía, sin mediar tratado al respecto, la extradición del ciudadano alemán, considerando que "...según la opinión más generalmente aceptada en la práctica, y sostenida por distinguidos jurisconsultos, como Lord, Coke, Klüber, Martens, Mittermayer, Wheaton, Massé, Billet y otros, el derecho de gentes no obliga a un Estado soberano a entregar por demanda de un gobierno extranjero, a individuos que habitan en su territorio y son acusados de crímenes o delitos cometidos en otro país; y que esta obligación es sólo el resultado de tratados internacionales".

> ***Los tipos penales vigentes en la legislación argentina ya prohibían, y continuaron haciéndolo, las conductas que integraron el plan sistemático de represión y son aptos para subsumir los hechos y determinar la pena que les cabe a los autores y partícipes.***

El 23 de abril de 1891, el caso "La Pilcomayo" que la Corte Suprema de nuestro país ordenó la inmediata libertad de unos marineros extranjeros detenidos por disposición del Poder Ejecutivo Nacional, en razón de "...los principios universalmente consagrados en el derecho internacional público, establecen como una regla invariable la inviolabilidad de las personas comprometidas..." en delitos políticos o conexos con delitos políticos. La Corte afirmó que "...esta regla de justicia, de humanidad y de buena política...que consagran las prácticas y tratados internacionales del mundo civilizado" [...] "hace parte del derecho público nacional..." (Fallos: 43:321).

A mediados de este siglo, en el controvertido fallo "Merck Química Argentina v. Gobierno de la Nación sobre interdicto", la Corte Suprema se remitió al derecho de gentes para determinar los alcances de los poderes de guerra de nuestro país. En su sentencia, la Corte expresó que "...los poderes de guerra pueden ser ejercitados según el derecho de gentes evolucionado al tiempo de su aplicación...".

Ha sido destacado más de una vez el voto del Presidente de la Corte, Dr. Tomás D. Casares, quien en el fallo citado, al interpretar el alcance de los poderes de guerra conforme al derecho de gentes, expresó con relación a éste: "Y no se trata sólo de la ley internacional positiva que consta en los tratados. Si se tratara sólo de ella, en todo lo que no esté regido por los pactos vigentes la guerra sería un estado de cosas ajeno al derecho... Si no hubiera derecho donde no hay ley positiva sería inútil disertar sobre las facultades de los Estados en el proceso de guerra... Y no es otro el asiento del informulado derecho de gentes a que se alude enlos arts. 102 de la Constitución Nacional, 1 y 21 de la ley 48, derecho este de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados" (Fallos: 211:161 y ss.).

También cabe destacar el precedente registrado en Fallos: 305:2150, "Cabrera, Washington Julio Efraín c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/despido", en el que el Alto Tribunal consideró que el derecho de gentes, a través de las normas ius cogens, imponía una limitación a los sujetos de derecho internacional para convenir exenciones de jurisdicción. Afirmaron los jueces Adolfo R. Gabrielli y Elías P. Gustavino que "Tal limitación -por su propia índole y atento los derechos que pueden verse afectados como ocurre en el caso– constituye una norma imperativa del derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados, insusceptible de ser dejada de lado por acuerdos en contrario conforme al art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, aprobada por ley argentina 19.865" [...] "Que como se deriva de lo expuesto, uno de los objetivos y fines de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados es resguardar la invulnerable supremacía de las normas imperativas del derecho internacional general (art. 53)". Como consecuencia de que el tratado en análisis importaba una "completa privación de justicia y negación al derecho a la jurisdicción", se consideró que "Padece pues, del vicio de nulidad ab initio conforme el ya citado art. 53 de la Convención de Viena de 1969".

Otro precedente relevante es el pronunciado el 6 de abril de 1993 en autos "Nadel, León y otro por contrabando" en el que se discutía la validez de un proceso por contrabando que se iniciara luego de que la policía brasileña detuviera al acusado y lo entregara a funcionarios de la Gendarmería Nacional de nuestro país sin efectuar procedimiento judicial alguno. Tanto en los votos de la mayoría como en la disidencia del Dr. Boggiano se afirmó, con cita de los precedentes registrados en Fallos: 43:321 y 176:218, que la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional forman parte del derecho interno argentino.

Con relación a la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo del art. 118 (ex 102) de la Constitución Nacional, además de la referencia a dicho artículo que realizara el Dr. Casares en su voto en el caso "Merck Química", cabe citar dos fallos en los que se consideraron sendos pedidos de extradición.

En el primero de ellos, luego de confirmar el rechazo a la solicitud de extradición por el delito de lesiones que había formulado la República de Chile, la Corte consideró la cuestión de si, ante la negativa a conceder la extraditación, correspondía juzgar en nuestro país a la persona requerida, tal como había solicitado el Procurador General de la Nación. La mayoría de la Corte entendió que "...las normas internas de naturaleza federal referentes a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos tampoco autorizan a enjuiciar en el país el hecho ocurrido en el extranjero que dio origen al presente pedido de extradición, pues ni se trata de un delito contra el derecho de gentes (artículo 118 de la Constitución Nacional) ni resulta comprendido en las hipótesis normativas del artículo 1 del Código Penal" (Cfr. Fallos: 318:126, caso "Peyrú, Diego Alberto s/pedido de extradición", consid. 6 del voto conjunto de los jueces Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Levene (h), Boggiano, López y Bossert. En el voto de los Dres. Nazareno y Fayt se resuelve en igual sentido aunque no se hace referencia al art. 118 de la C.N.).

El fallo es interesante dado que uno de los motivos que se mencionó en el voto de la mayoría para rechazar que el hecho (lesiones cometidas en Chile) deba ser juzgado en nuestro país es que no se trata de un delito contra el derecho de gentes. Asimismo, cabe citar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2 de noviembre de 1995 en el que se concedió la extradición de Erich Priebke a la República de Italia (J.A. 1996–I, p. 331 y ss.).

En ese fallo la extradición fue concedida al afirmarse de modo contundente que los principios referidos a los delitos contra el derecho de gentes formaban parte del derecho interno argentino. Sobre la base de la aplicación en nuestro sistema jurídico nacional de tales principios los hechos imputados a Priebke fueron considerados delitos contra el derecho de gentes y, como tales, imprescriptibles.

En efecto, en el voto conjunto de los Dres. Boggiano, López y Fayt se consideró a los hechos por los cuales se solicitaba la extradición de Priebke "...prima facie delito de genocidio. Ello así, sin mengua de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio" (consid. 2) y se sostuvo que "...la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional" (consid. 4). En dicho voto se hizo referencia al art. 118 de la Constitución Nacional al citarlo como base normativa junto al art. 75 inc. 22 de la C.N. que incorpora la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (consid. 3).

> ***La gravedad de las conductas que integran los llamados crímenes contra el derecho de gentes, la lesión que ellos suponen a toda la humanidad, no parecen compatibles con la existencia de un momento a partir del cual el autor pueda estar a salvo.***

Por su parte los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor, luego de afirmar que los hechos imputados al nombrado podían ser calificados como "crimen de guerra", sin perjuicio de la concurrencia, respecto de esos hechos, de su consideración como crímenes contra la humanidad y como delito de genocidio, expresaron: "Que la comprensión del caso con tales alcances se impone como consecuencia del deber que compete a este tribunal de decir el derecho vigente aplicable al caso en el ejercicio de su elevada misión de administrar justicia, con la contribución que ella importa a la **realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país se encuentra obligado** en virtud de formar parte de ella, de los tratados celebrados, cuyo rango establece la CN,. en su art. 75 inc. 22 y de **la aplicación del derecho de gentes que prevé el art. 118 Ley Fundamental**, ordenamiento que vulneraría si se limitase a subsumir los hechos como homicidios o asesinatos en el marco de las disposiciones

Guillermo Suárez Mason, deportado de EE.UU. por cargos de apropiación de menores.

del Código Penal o, incluso del Código de Justicia Militar en cuanto a él se remite" (consid. 28 del voto conjunto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor, negrita y cursiva se agregan).

Agregaron dichos magistrados que "...cabe considerar a los hechos cometidos según la modalidad descripta en este pronunciamiento, como delitos sancionados por el derecho internacional general y, en la medida en que **la aplicación del Derecho de Gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (art. 118 CN.)** corresponde tener por acreditado –al sólo efecto de la 'doble subsunción' o 'doble incriminación' exigida por el art. 2 del Tratado...– el carácter delictual de los hechos que motivan el pedido de extradición" (consid. 38, negrita y cursiva se agregan).

Al definir el alcance del art. 118 de la Constitución Nacional en cuanto a su capacidad de incorporar al derecho nacional las normas referidas a crímenes contra el derecho de gentes, se sostuvo: "Que a diferencia de otros sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América en el que el constituyente le atribuyó al Congreso la facultad de 'definir y castigar' las 'ofensas contra la ley de las naciones' (art. I secc. 8), su par argentino al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación **receptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia** y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del Derecho de Gentes en la jurisdicción nacional –que así integra el orden jurídico general– deconformidad con lo dispuesto por el art. 21 ley 48 ya citado" (consid. 39, sin énfasis ni cursiva en el original).

Por su parte, el Dr. Bossert en su voto se pronunció en términos similares (los consid. 49 y 51 de su voto son coincidentes en lo sustancial con los dos últimos considerandos recién transcriptos) y agregó al interpretar el art. 118 de la Constitución Nacional que "...el constituyente, al fijar la jurisdicción internacional penal de la República Argentina para el juzgamiento de los delitos iuris gentium, aun cuando fuesen cometidos fuera de los límites de la Nación (...) sólo habilitó al legislador para que en este último supuesto determinase 'por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio' (art. 118 Ley Fundamental)" (Consid. 50).

Lo dicho importa, a mi juicio, el reconocimiento de la directa recepción que nuestro sistema jurídico hace de las normas internacionalmente reconocidas referidas a los delitos contra el derecho de gentes y de la jurisdicción argentina para juzgar tales delitos.

Como puede observarse, pues, de la jurisprudencia citada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el **derecho de gentes** forma parte del derecho interno argentino y para su aplicación siempre ha tenido en cuenta la evolución paulatina que fue registrando esa rama del derecho. Específicamente, en materia de delitos contra el derecho de gentes si bien son escasos los precedentes que registra la jurisprudencia del Alto Tribunal su doctrina es de gran valor. Así, en el caso "Priebke", la mayoría de la Corte consideró que los principios del derecho de gentes ingresaban a nuestro ordenamiento jurídico interno a través del art. 118 de la Constitución Nacional y realizó una interpretación de dichos principios conforme la evolución que registraron en las últimas décadas. De este modo consideró incluidos a los crímenes contra la humanidad, al genocidio o a los crímenes de guerra, calificó a los hechos que se le imputaban a Priebke de acuerdo a dichas categorías del derecho internacional penal y entendió, como se verá seguidamente, que sobre la base de tal calificación los hechos eran imprescriptibles.

Conforme lo hasta aquí expuesto, debe entenderse que el art. 118 de la Constitución Nacional recepta los postulados modernos del derecho de gentes, al menos los referidos a materia criminal (dado que dicha norma se refiere a "delitos" contra el derecho de gentes). Ello no sólo es lo que mejor se concilia con la letra del texto constitucional (que no establece un catálogo de las infracciones y de los principios del derecho de gentes sino que contiene una expresión que permite captar la evolución de la materia) y con la concepción que expresaba Alberdi, sino que, además, esa interpretación se impone, dado que es la que permite a la República Argentina, y a su sistema jurídico, estar acorde con el desarrollo que el derecho penal internacional ha observado y al que nuestro país ha contribuido tal como se ha visto en el Capítulo III. Por otra parte, dicha contribución parece provenir de los hombres que fundaron la organización institucional de nuestra Nación, cuyo compromiso con la persecución de los crímenes contra el derecho de gentes quedó reflejado en el artículo 118 (ex 102) de la Constitución Nacional.

Esta recepción que realiza nuestra Constitución en el art. 118 impone que los tribunales nacionales deban aplicar las normas relativas a la persecución de crímenes contra el derecho de gentes cuando tengan que juzgar un hecho de esa naturaleza.

Ello será así tanto si el hecho ocurrió dentro como fuera de nuestro país dado que el art. 118 de la Constitución Nacional extiende la jurisdicción argentina a hechos ocurridos fuera de nuestras fronteras territoriales (jurisdicción universal o extraterritorial) cuando ellos constituyen crímenes contra el derecho de gentes (crímenes contra la humanidad, actos de genocidio, etc.).Entonces, en tanto norma de recepción de los postulados modernos relativos a crímenes contra el derecho de gentes y –en total armonía con tales postulados– de establecimiento de la jurisdicción extraterritorial para dichos crímenes, no cabe sino compartir la opinión de Sagüés cuando califica al art. 118 de nuestra Constitución Nacional como una norma "de avanzada y de insospechada actualidad".

Con relación a la mención que el art. 118 hace a los crímenes cometidos fuera de nuestro territorio, cabe imaginar como posible que alguien intentara efectuar una interpretación sesgada de esa norma que llevara a entender a la extensión de la jurisdicción argentina, que allí se consagra, como una limitación de esa jurisdicción. En otras palabras: que se postulara que la referencia a los crímenes contra el derecho de gentes cometidos en el extranjero debe entenderse en el sentido de que la Constitución sólo autoriza a juzgar crímenes contra el derecho de gentes exclusivamente cuando éstos se cometan fuera de nuestro territorio.

Cabe insistir en que la referencia a los delitos cometidos en el extranjero se debe a que Ley Fundamental quiere que los tribunales nacionales, además de perseguir los delitos ocurridos en nuestro país (jurisdicción territorial), juzguen también ciertos hechos que ocurran más allá de nuestras fronteras: aquellos que comprometen al conjunto de las Naciones (delitos contra el derecho de gentes). Ahora bien, dado que respecto de los hechos de esa naturaleza que se cometan fuera de la Argentina no es posible aplicar la regla forum delicti comissi, la Constitución se refiere específicamente a ellos para mandarle al legislador que dicte una ley fijando el lugar donde los juicios deben realizarse.

> ***"...que la aplicación a los crímenes de guerra y los de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo."***

Conforme lo expuesto en párrafos anteriores, los delitos contra el derecho de gentes incluyen, p. ej., a los crímenes contra la humanidad y a los actos de genocidio. A menos que se cuestione esta premisa, es claro que los delitos "contra el derecho de gentes" pueden, entonces, ser cometidos tanto dentro como fuera de nuestro país. Precisamente en el presente caso tenemos crímenes contra el derecho de gentes cometidos dentro de nuestro país. ¿Puede la norma constitucional interpretarse como limitando la facultad de las cortes nacionales a juzgar los crímenes contra el derecho de gentes sólo cuando éstos se cometan fuera de nuestro país? Ello sería tanto como intentar transformar en defecto a la virtud.

Una exégesis tal no se deriva de la letra ni del espíritu del precepto (que, como se ha visto, implica un compromiso con la ley de las Naciones) y, por otra parte, llevaría a consecuencias inadmisibles por absurdas.

Así, habría que concluir, por ejemplo, que de producirse en nuestro país hechos similares a los que motivaron los juicios de Nüremberg, los jueces de la Nación deberían considerar que tales hechos no son crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra pero sí lo serían de ocurrir en cualquier otro lugar de la tierra. O que los crímenes cometidos en el marco de la represión sistemática llevada a cabo por el gobierno militar (1976–1983) no pueden ser considerados y juzgados como crímenes contra la humanidad pero sí habría que hacerlo (¡por mandato constitucional!) si hubiesen ocurrido en otras latitudes. ¿Habrá que sostener, acaso, que los hechos imputados a Priebke son crímenes contra el derecho de gentes y, por lo tanto, imprescriptibles, dado que ocurrieron fuera de nuestro territorio pero que, de haber ocurrido en Argentina, serían meros delitos comunes a los que no se le aplican las reglas de los delitos contra el derecho de gentes?

Sería inconcebible interpretar de ese modo al ordenamiento jurídico argentino. Llevaría a establecer no sólo una diferenciación difícilmente compatible con la noción misma de crímenes contra el derecho de gentes (que, por definición, afectan por igual a toda la humanidad cualquiera seael lugar de comisión y la nacionalidad del autor o la víctima) sino que, además, ese diverso tratamiento jurídico implicaría colocar en una situación privilegiada frente a nuestras cortes de justicia a los autores de crímenes contra la humanidad cometidos dentro la República Argentina, respecto de aquellos que hubieran cometidos idénticos crímenes pero fuera de nuestro territorio.

Hecha esta última consideración, tal vez innecesaria, y entendiendo por lo expuesto que los hechos que conforman el objeto de la presente causa son crímenes contra la humanidad y que deben ser juzgados como tales, cabe referirse a las figuras penales de nuestra legislación como preceptos aplicables a hechos que ocurrieron en nuestro país y a la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

B) Ley penal aplicable al caso

En el Capítulo III se ha visto que uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del derecho penal internacional, es el que establece que la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de enorme gravedad y lesividad para la humanidad en su conjunto, está fijada por la ley de las Naciones y no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

Ciertamente, esta está concebida para evitar la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, generalmente llevados a cabo desde el poder estatal o con su aquiescencia, teniendo en cuenta que ese poder estatal podría precisamente modificar el orden legal local de modo que tales conductas aparecieran amparadas por la ley y no fueran punibles.

Una situación de esa índole podía observarse en el ordenamiento jurídico establecido por los responsables del régimen nazi.

Contra esa posibilidad, el derecho de gentes establece entonces que la responsabilidad penal individual puede surgir de normas imperativas para la comunidad internacional y que establecen obligaciones directas no sólo para los Estados sino también para los individuos (así, la prohibición de ciertas conductas, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz).

Lo dicho surge de numerosas fuentes y fue aceptado por el conjunto de las naciones (entre ellas la República Argentina) y ha sido reafirmado jurisprudencialmente y doctrinariamente desde los juicios de Nüremberg y ha sido recogido en numerosos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.2), la codificación de "Los Principios de Nüremberg" (II) efectuada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, el III Convenio de Ginebra de 1949 (art. 99) y el I Protocolo Adicional (art. 75, 4, c), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950 (art. 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.2), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), entre otros.

La regla mencionada aparece entonces como una medida para asegurar que las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes serán perseguidas penalmente y sus autores y partícipes, juzgados y sancionados con una pena, aun cuando el orden legal del estado en el que esas conductas tuvieron lugar no las declare punibles.

Esa hipótesis que la regla indicada quiere prevenir no se presenta en el caso que aquí se somete a proceso.

En efecto, durante el gobierno de facto de 1976–1983, en el que se cometieron crímenes contra la humanidad, el orden legal argentino mantuvo las prohibiciones penales dirigidas a tutelar los bienes jurídicos más esenciales, de modo tal que las conductas llevadas a cabo en el marco dela represión sistemática estaban prohibidas por las normas penales vigentes en esa época.

No estamos, en suma, frente al caso de un orden legal que, al momento de los hechos, los amparara o pretendiera ampararlos.

Es por ello que no se requiere recurrir a la regla que permitiría juzgar y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad aplicando directamente la ley internacional sin mediación alguna de tipos penales locales. Por lo tanto, no cabe adentrarse en la cuestión de cómo podría implementarse un procedimiento de esa naturaleza.

Los tipos penales vigentes en la legislación argentina ya prohibían, y continuaron haciéndolo, las conductas que integraron el plan sistemático de represión y son aptos para subsumir los hechos y determinar la pena que les cabe a los autores y partícipes en los crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país.

En este sentido, cabe destacar que los crímenes contra la humanidad cometidos durante el gobierno militar (1976–1983) importaron una multitud de actos ilícitos tales como privaciones de libertad, torturas, homicidios, etc. (llevados a cabo en forma sistemática y a gran escala, perpetrados desde el poder estatal), que, naturalmente, estaban abarcadas por los tipos penales vigentes dado que afectaron a los bienes jurídicos más esenciales.

Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas ius cogens) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.

Como se ha dicho, la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un estado no considera punibles a esas conductas. Cuando ese no sea el caso y los tipos penales vigentes en la ley local capten las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. Ello no sólo no contradice ningún principio del derecho internacional sino que, por el contrario, permite cumplir acabadamente sus fines, al hacer posible el juzgamiento y la sanción punitiva de los responsables de los crímenes contra la humanidad.

> ***De acuerdo a los precedentes señalados, puede afirmarse que ya para la época de la sanción de la Convención sobre imprescriptibilidad de 1968 y de la firma de la Convención europea de 1974, la imprescriptibilidad ya se había establecido como una norma del derecho internacional***

En efecto, en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esta naturaleza se han aplicado tipos penales creados por la ley de ese país. Es claro que la ley nacional, aplicable a estos casos, puede coincidir en mayor o en menor medida con las descripciones que, en el ámbito internacional, se formulan de las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes. Ello dependerá de las particularidades de la ley local y de la medida en que la legislación de un estado haya sido adaptada a los requerimientos del derecho penal internacional, estableciendo tipos penales que capten en toda su dimensión a las conductas que se consideran crímenes contra la humanidad, esto es, valorando especialmente las condiciones que les otorgan esa particular gravedad que las convierte en crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del estado, etc.).

Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos dado que, en muchos casos, no valoran especialmente aquellas

circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales, etc.), aunque algunas de esas características pueden estar mencionadas como circunstancias agravantes en nuestra legislación. Sin embargo, esta falta de una referencia específica en los tipos penales existentes a esas circunstancias que, según el derecho de gentes, elevan la gravedad de algunas conductas y las convierten en crímenes contra la humanidad, no obsta a que el núcleo de esas conductas sí esté abarcado por diversos tipos penales de nuestra legislación y, en consecuencia, sean aptos para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable.

Cabe citar en este sentido lo que se ha sostenido respecto del Código Penal español: "No recoge el Código Penal español la figura de los crímenes contra la humanidad.... ello no supone un grave problema, ya que dichos delitos como delitos contra bienes jurídicos fundamentales que adquieren el carácter de delito internacional al ser cometidos de forma masiva o sistemática con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto, con lo que la represión y sanción de estas conductas en el Derecho interno queda cubierta con las figuras comunes del homicidio, asesinato, lesiones, etc." (Cfr., Gil Gil, Alicia, "Eficacia...", cit., p.502).

En síntesis, las conductas que conforman los crímenes contra la humanidad cometidas en el marco de la represión política sistemática (1976–1983) estaban prohibidas por la legislación penal argentina vigente en aquel momento. En consecuencia, dado que no se da un supuesto de ausencia de ley penal al respecto, cabe aplicar esos tipos penales para juzgar dichos crímenes, toda vez que ellos permiten concretar su persecución y, en caso de condena, determinar la pena que cabe imponerles a quienes sean hallados culpables. Aplicando los tipos penales de su legislación, la República Argentina puede, entonces, juzgar los crímenes contra la humanidad ocurridos en su territorio y satisfacer de este modo el interés que la comunidad internacional (de la que nuestro país forma parte) tiene en la persecución penal de los crímenes contra el derecho de gentes cualquiera sea el lugar de su comisión.

C) La imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes

En el marco de este proceso ya ha habido un pronunciamiento de este Juzgado acerca de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Así, tanto al fundar el procesamiento de los imputados Simón y Del Cerro, como al resolver un planteo de prescripción formulado por la defensa del primero de los nombrados, se han expresado los motivos por los cuales entendí que los hechos imputados eran crímenes contra la humanidad y, por lo tanto, imprescriptibles.

El pedido de la querella (CELS) que aquí se analiza también se refiere a hechos que deben ser considerados crímenes contra la humanidad, tal como se ha sostenido hasta aquí en la presente resolución. Teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde la fecha de comisión de los hechos por los cuales se solicita el llamado a indagatoria, estimo conveniente, pese a que no existe un planteo concreto que deba resolverse sobre el punto, referirme a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad como norma aplicable a las conductas que aquí se investigan.

Al resolverse el planteo de prescripción planteado por la defensa de Julio Simón se expresaron los fundamentos por los cuales se sostiene que la imprescriptibilidad es una de las normas esenciales que conforman el estatuto jurídico de los crímenes contra la humanidad, cuyo vigencia en la órbita del derecho de gentes data de épocas anteriores a los hechos que aquí se investigan.

Al respecto se ha sostenido lo siguiente.

1) La imprescriptibilidad como norma del derecho de gentes

Si bien luego de la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional afirmó la necesidad de llevar a juicio y sancionar penalmente a los responsables de crímenes contra el derecho de gentes, la mayoría de losinstrumentos, declaraciones y tratados referidos al tema no aludieron expresamente a la cuestión temporal de la persecución de los responsables de crímenes contra el derecho de gentes. No se establecieron límites temporales para llevar a cabo la persecución ni se afirmó la inexistencia de tales límites.

Sin embargo, era lógico que como corolario del principio de inexorabilidad del juicio y de la sanción penal a los responsables de crímenes contra el derecho internacional, se afirmara que no existe barrera temporal alguna para llevar a cabo la persecución penal. La gravedad de las conductas que integran los llamados crímenes contra el derecho de gentes, la lesión que ellos suponen a toda la humanidad en su conjunto y el interés de la comunidad internacional en la persecución penal de esos crímenes, no parecen compatibles con la existencia de un momento a partir del cual el autor de un crimen semejante pudiera estar a salvo de tener que responder penalmente por un acto que conmueve los principios más elementales de humanidad.

Es por ello que no ha de extrañar que poco tiempo después se afirmara la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes.

En efecto, durante la década de 1960 comenzó a desarrollarse un "vasto movimiento de opinión mundial" a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes (cfr., Schiffrin, L., voto cit., consid. 41, p. 340). El motivo de dicho movimiento fue el temor de que se aplicaran en el juzgamiento de los horrendos crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial los plazos de prescripción que la legislación interna de algunos países establecía incluso para los delitos ordinarios.

La preocupación que generó esta circunstancia puso de manifiesto la necesidad de afirmar expresamente que no existía una barrera temporal para la persecución de estos crímenes a los que se consideró imprescriptibles. Las manifestaciones a favor de la imprescriptibilidad si bien tuvieron como objetivo más inmediato el que no se aplicaran términos de prescripción a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, se refirieron sin embargo al establecimiento de tal regla como propia de todos los crímenes contra el derecho de gentes y no sólo de los cometidos en la contienda bélica que finalizó en 1945.

En este sentido, cabe recordar que el 28 de enero de 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó por abrumadora mayoría una declaración cuyo texto expresaba:

"1. Considerando que en nuestra época, crímenes particularmente graves han sido perpetrados sistemáticamente y en gran escala por motivos políticos, raciales o religiosos, de suerte que los fundamentos mismos de nuestra civilización han sido puestos en peligro;

2. Considerando que tales crímenes contra la Humanidad, han sido cometidos especialmente durante la Segunda Guerra Mundial, en violación a los derechos más elementales de la persona humana;

3. Considerando que, en el campo de la protección de los derechos del hombre, el Consejo de Europa asume estatutariamente responsabilidades tales que atentados tan graves a los derechos del hombre como son los crímenes contra la Humanidad no pueden dejarle indiferente;

4. Considerando que en la legislación de varios Estados miembros hay en vigor disposiciones relativas a la prescripción que harán pronto imposible toda persecución de los que hubiesen cometido crímenes contra la Humanidad;

5. Considerando que las Naciones Unidas han acometido la obra de codificación del derecho penal internacional, que sería deseable llegase a feliz término;

6. Tomando nota de que varios Estados han modificado o se proponen modificar su legislación a fin de que las reglas de derecho comúnrelativas a la prescripción de delitos comunes no se apliquen a los crímenes contra la Humanidad; Recomienda al Comité de Ministros:

7. Que invite a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad;

8. Que encargue a un Comité de expertos gubernamentales elaborar una Convención a fin de asegurar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad" (Idem).

La mayoría de los miembros de la Corte consideró que, conforme el ordenamiento jurídico aplicable en nuestro país, los hechos imputados a Priebke (la llamada matanza de las Fosas Ardeatinas) constituían crímenes contra el derecho de gentes y que eran imprescriptibles.

Entre los países que se habían adelantado en el movimiento por la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes, Fermé cita a Francia (ley del 26 de diciembre de 1964 mediante al que declaró imprescriptibles por naturaleza a los crímenes de lesa humanidad definidos de conformidad a la resolución 3 (I) de las Naciones Unidas), Hungría (decreto–ley 27/1964) y China (ley del 24 de octubre de 1964 referida a crímenes de guerra) (Cfr., Fermé, L., op. cit, p. 43).

En el seno de la Organización de las Naciones Unidas el debate sobre la cuestión de la imprescriptibilidad comenzó a principios de 1965. Así, la Comisión de Derechos Humanos en su 21 período de sesiones que se desarrolló entre el 22 de marzo y el 15 de abril de ese año discutió el tema y aprobó la resolución 3 (XXI) en la que se afirma que "...Las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción" (Cfr., Sancinetti, M. y Ferrante, M., op. cit., p. 428).

Fermé cita también entre los instrumentos que contribuyeron a afirmar la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional, el Anteproyecto de Convención elaborado en esa época por el Secretario General de las Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 1158 (XLI) del Consejo Económico y Social, en el que afirma que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido (Cfr., Ibídem, p. 30).

El movimiento por la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes no fue patrimonio exclusivo de los juristas o de los legisladores o representantes de los estados. Schiffrin recuerda en este sentido una entrevista al filósofo Karl Jaspers en la que "...plasmó...fórmulas jurídicas que abruman por su precisión y riqueza...: 'El problema estaría casi resuelto respondiendo claramente a estos cuatro puntos estrechamente ligados entre sí: Primero, ¿qué clase de crimen? Asesinato en masa organizado, crimen sin precedentes en la historia; crimen que presupone una nueva clase de estado: el estado criminal. Segundo, ¿de acuerdo a qué legislación debe ser juzgado? Según el derecho internacional, el derecho que une a todos los seres humanos. Tercero, ¿cuál es el instrumento legítimo para aplicar ese derecho? Mientras la humanidad no tenga la institución legal apropiada para hacerlo, las autoridades adecuadas son los tribunales de aquellos estados que reconocen la validez del derecho internacional en su propia jurisdicción..." y agrega "...no hay Ley de Prescripción que se pueda invocar en la clase de crimen de que se trata aquí. Prolongar la validez de la ley por diez o más años sólo será una manera de evadirse del problema. El único principio posible es: La Ley de Prescripción no corresponde" (Cfr., Schiffrin, L., voto cit., consid. 49, p. 344, quien cita "Karl Jaspers y la Prescripción de los Crímenes Nazis", en "Revista Comentario", 1967, n 53, ps. 11 y ss.).Este movimiento de opinión a favor de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes llevó a que en 1968 fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" por la resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de ese año.

El Artículo I de la Convención expresa que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad "...son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido".

En el Preámbulo de dicha Convención se recuerdan las resoluciones de las Naciones Unidas que afirmaron la necesidad de castigo a los criminales de guerra y de lesa humanidad y los principios jurídicos reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en su sentencia, las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad; se observa, por otra parte, que "...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo"; se considera "...que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves y que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales".

Asimismo, se advierte en el Preámbulo "...que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes" y, en consecuencia, se reconoce que es necesario y oportuno "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.

Ha sido destacado reiteradamente que al momento de aprobarse esta Convención se introdujo en su texto el verbo "afirmar" en reemplazo del original del verbo "enunciar" que contenía el proyecto original. Ello fue "...a resultas del consenso logrado para consagrar la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad" (Cfr., consid. 82 del voto del juez Bossert y consid. 68 del voto conjunto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor en el fallo "Priebke", cit.). Al respecto, recuerda Marcelo Ferrante que "Durante el debate se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino, mas bien, afirmarlo" (Cfr., Sancinetti. M. y Ferrante, M., op. cit., ps. 428/429).

En consecuencia, además de "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad la Convención compromete a los Estados a adoptar todos los procedimientos constitucionales, legislativos o de otra índole que fueran necesarios para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes de guerra o de lesa humanidad o sea abolida (art. IV).

Conforme lo hasta aquí expuesto, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a prescripción. Es consecuencia ineludible de la aplicación de los principios del derecho de gentes que nuestro ordenamiento jurídico interno recoge y cuya aplicación al caso se impone.

Sobre la existencia de una norma consuetudinaria referida a la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes, aun con anterioridad a la firma de la Convención, también se pronuncia Vinuesa alafirmar: "Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII) no hace mas que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre" (Cfr. Vinuesa, Raúl Emilio, "La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario", Revista Internacional de la Cruz Roja del 30 de julio de 1998. El artículo citado puede consultarse en sitio *http://www.icrc.org/icrcspa).*

La existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho en cuya virtud los crímenes contra el derecho de gentes deben considerarse imprescriptibles, más allá de la existencia de una obligación convencional para los

estados que han suscripto tratados al respecto, parece surgir, además de lo ya expuesto, de un conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas dictadas luego de la aprobación de la Convención de 1968. En ellas la Asamblea General de la ONU exhortó a los estados miembros a observar los principios afirmados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, incluso cuando no fueran parte en ella. Así exhortó a los estados "...a cumplir el 'deber de observar estrictamente' sus disposiciones y, por último, afirmó que 'la negativa de un Estado a cooperar con la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas' (Cfr. resoluciones de la Asamblea General n. 2583 –XXIV– del 15/12/69, n. 2712 –XXV– del 15/12/70 y n. 2840 –XXV– del 18/12/71 relativas a la 'Cuestión del Castigo de las Criminales de Guerra y de las Personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad')" (Cfr., voto del Dr. Bossert, en "Priebke", fallo cit., consid. 87).

Cabe recordar también la ya citada resolución 3074 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 3 de diciembre de 1973, titulada "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad", mediante al que se ratifica la necesidad de juzgar y sancionar penalmente a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad y se dispone en su art. 1 que "Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas" (sin destacar en el original).

Respecto de la consolidación de la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes afirma el Dr. Bossert en el caso "Priebke" que "...a favor del desarrollo de este principio de derecho internacional como costumbre debe reconocerse que no existía al momento de la Convención [sobre imprescriptibilidad] ni existe en las actuales circunstancias del derecho internacional, un principio general de derecho de las naciones civilizadas que se oponga a aquél y que pudiera ser receptado en ese ámbito (cfr. C.I.J., British Norweagain Fisheries, I.C.J. Reports 1951). En este sentido, cabe destacar que no todas las legislaciones locales tienen instituida la prescripción como una causa de extinción de la acción penal, o en muchos casos, este instituto no alcanza ciertos delitos opuede ser dejado de lado bajo ciertas circunstancias" (Cfr., voto citado, consid. 83, p. 358).

Esto último también fue destacado por Graven en 1965, quien mencionaba entre esos países a Austria, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Italia, Kenia, Nigeria, Polonia, Reino Unido, Ucrania, Singapur y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (Cfr., Abregú, Martín y Dulitzky, Ariel, "La leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de Derecho internacional a ser aplicadas en el Derecho interno", en "Revista Lecciones y Ensayos", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Universidad de Buenos Aires, n 60/61, p. 136) y agregaba que "La prescripción de los crímenes no constituye un derecho esencial de la persona y mucho menos del criminal acusado e incluso condenado; no constituye una exigencia de la justicia misma, consagrada generalmente en las instituciones de los países civilizados, constituye una práctica de oportunidad convertida en norma en épocas que a menudo son recientes" (Graven, "Les crimes contre l'humanité peuvent–ils bénéficiers de la prescription?", Revue Penale Suisse, t. 81, Pasc. 2, 1965, citado por Fermé, L., op. cit., p. 42).

Al fundar la vigencia de la imprescriptibilidad como costumbre internacional Bossert, luego de destacar la ausencia de un principio general de derecho que se oponga a la imprescriptibilidad, expresa que "...tanto la conducta seguida por aquellos Estados que ajustaron su derecho interno a favor de aquel principio como la de otros que ratificaron o adhirieron a la Convención antes mencionada constituye una aceptación inequívoca de esa práctica y, por ende, la contribución más clara para su establecimiento como regla de costumbre" (Cfr., voto citado, consid. 84, p. 358).

Agrega que "...ese proceder fue acompañado por los Estados que ratificaron o adhirieron a la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes Contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, firmada el 25/1/74 en el seno del Consejo de Europa por Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, República Federal de Alemania, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte..." (Ibídem, consid. 85, p. 358).

De acuerdo a los precedentes señalados, puede afirmarse entonces que ya para la época de la sanción de la Convención sobre imprescriptibilidad de 1968 y, con mayor razón aun, de la firma de la Convención europea de 1974, la imprescriptibilidad ya se había establecido como una norma del derecho internacional general vigente más allá de la existencia de un vínculo contractual que la ratificara.

Ello, por otra parte, ha sido ratificado recientemente por el Tribunal que condenó a Priebke (luego de que fuera extraditado por nuestro país), al expresar en su sentencia del 10 de julio de 1997 que: "...la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un principio general del ordenamiento internacional... la imprescriptibilidad no proviene del convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque éste no es sino una 'consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión'. Es decir, la convención no hizo otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el derecho internacional consuetudinario" (Cfr., "Dictamen auspiciado por la FAJP sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina", Madrid, 7 de octubre de 1998, elaborado por los catedráticos Mercedes García Arán, Hernán Ormazábal, Juan Carlos Ferré Olivé, José Ramón Serrano Pie de Casas, Diego López Garrido, p. 20).

Con posterioridad a esa fecha, la vigencia de la imprescriptibilidad como norma del derecho internacional general se ha consolidado notablemente alser incluida en forma casi constante en diversos instrumentos internacionales referidos a crímenes contra el derecho de gentes.

En este sentido cabe referir que la norma de imprescriptibilidad ha sido incorporada a los Proyectos de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1986 (art. 5) y de

De acuerdo con lo expuesto, podemos sostener que la ley de "Punto Final" no cumple con los rasgos distintivos de una norma de prescripción de la acción penal, antes bien, por sus características puede ser considerada como una ley de la amnistía.

1994 (art. 7). Por su parte el art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, establece que "Los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán". En el ámbito regional, también fue establecida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. VII).

2) La aplicación de la imprescriptibilidad en el derecho interno argentino

En la resolución de fecha 22 de enero de 2001 se sostuvo, en consonancia con la interpretación que se viene sosteniendo en la presente, que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad debe ser reconocida en nuestro medio en tanto constituye una de las reglas esenciales que el derecho de gentes les reconoce a tales crímenes y, por lo tanto, su aplicación viene impuesta en virtud de que las normas y principios referidos a delitos contra el derecho de gentes forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno (art. 118 C.N.).

Ello ha sido sostenido en varios pronunciamientos judiciales emitidos por tribunales de nuestro país.

El primer precedente que registra nuestra jurisprudencia en el que se sostuvo que el art. 118 (art. 102 al momento de ese fallo) de la Constitución Nacional implica el reconocimiento de la plena vigencia en nuestro orden interno de las normas referidas a crímenes contra el derecho de gentes, es el conocido voto que el Dr. Leopoldo Schiffrin realizó como miembro de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata al resolver el pedido de extradición de Franz Josef Leo Schwammberger formulado por la República Federal de Alemania (fallo del 30 de agosto de 1989, publicado en ED 135–326).



Suárez Mason fue señor de vida y muerte, sin límites y sin ser intimidado para cumplir órdenes.

La cuestión que trató el citado jurista versaba sobre la compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico interno de una ley alemana que había establecido la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad con posterioridad a los hechos. Esto es, se trataba de una ley ex post facto que consagraba la imprescriptibilidad de tales crímenes.

Además de mencionar los antecedentes que gestaron el derecho penal internacional, la contribución de nuestro país a su consolidación y la aceptación por parte de la República Argentina de los instrumentos fundacionales del derecho penal internacional, Schiffrin sostuvo que el art. 102 de la C.N. consagra la primacía de los principios referidos a delitos contra el derecho de gentes.

Entre tales principios, destacó a la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad mencionando "el vasto movimiento de opinión" que condujo a que se la aceptara como principio del derecho de gentes vigente aun sin obligación contractual (v. consid. 43).

Además de un extenso tratamiento del diverso alcance que el principio nullum crimen nulla poena sine lege tiene en el ámbito del derecho internacional penal, Schiffrin sostuvo que la ley alemana en análisis no había hecho sino adecuarse al contenido de las normas del derecho de gentes referidas a crímenes contra la humanidad, una de las cuales era, precisamente, la imprescriptibilidad. En otras palabras, entendió que la ley alemana se adecuaba a los imperativos del derecho de gentes; imperativos que también vinculaban a nuestro sistema jurídico tanto por el sometimiento al derecho de gentes que, en el art. 102 (hoy 118) nuestra Constitución establece, como por el hecho de formar parte de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que reconoce la existencia de normas imperativas (ius cogens) (v. considerandos 36 y 60). En la presente resolución ya se ha hecho referencia a la aplicación de los principios del derecho de gentes que la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó en el caso "Priebke".

En dicho precedente, el Alto Tribunal debía considerar si se cumplían en ese caso las condiciones que exigía el tratado de extradición vigente con el país requirente (Italia). Entre tales condiciones el tratado exigía que la acción no estuviera prescripta en ninguno de los dos países. La República de Italia había informado que los hechos eran imprescriptibles en ese país. Por lo tanto, la cuestión a resolver versaba sobre la **prescripción en el ámbito del derecho argentino**. En la sentencia recurrida ante la Corte el tribunal inferior había considerado que era aplicable al caso el término máximo de prescripción previsto en el artículo 62 del Código Penal argentino (quince años) y dado que dicho plazo ya había transcurrido, entendió que la acción penal estaba prescripta en nuestro país y, en consecuencia, no hizo lugar a la extradición. Contra esa decisión se planteó el recurso ordinario ante el Alto Tribunal.

La Corte Suprema, rechazando una petición del Procurador General, ratificó la aplicación del tratado de extradición con Italia que exigía, como se dijo, que no se hubiera operado la prescripción de la acción penal en ninguno de los dos países. Sobre esta base se avocó a la cuestión de si esos requisitos se daban en el caso.

La mayoría de los miembros de la Corte consideró que, conforme el ordenamiento jurídico aplicable en nuestro país, los hechos imputados a Priebke (la llamada matanza de las Fosas Ardeatinas ocurrida durante la segunda guerra mundial) constituían crímenes contra el derecho de gentes y que, como tales, eran imprescriptibles.

Los jueces Boggiano, López y Fayt entendieron que los hechos configuraban prima facie el delito de genocidio "...sin mengua de otras calificaciones que quedarían subsumidas en la de genocidio" (consid. 2). Agregaron que "...la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional" y concluyeron que "...en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición" (considerandos 4 y 5).

Por su parte los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Bossert se explayaron ampliamente tanto al considerar a las normas del derecho de gentes como parte del derecho interno argentino, aplicables en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional, como al desarrollar la cuestión de la imprescriptibilidad como una norma aceptada por la comunidad internacional para los crímenes contra la humanidad.

Ya han sido citados más arriba algunos pasajes de sus votos donde fundan la aplicación en el derecho interno de las normas referidas a crímenes contra el derecho de gentes.

Así en el voto conjunto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor se afirmó que para una adecuada solución del caso los hechos imputados a Priebke debían ser considerados jurídicamente como crímenes contra el derecho de gentes y que "...la comprensión del caso con tales alcances se impone como consecuencia del deber que compete a este tribunal de decir el derecho vigente aplicable al caso en el ejercicio de su elevada misión de administrar justicia, con la contribución que ella importa a la **realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país se encuentra obligado** en virtud de formar parte de ella, de los tratados celebrados, cuyo rango establece la CN,. en su art. 75 inc. 22 y de **la aplicación del derecho de gentes que prevé el art. 118 Ley Fundamental**, ordenamiento que vulneraría si se limitase a subsumir los hechos como homicidios o asesinatos en el marco de las disposiciones delCódigo Penal o, incluso del Código de Justicia Militar en cuanto a él se remite" (consid. 28, sin negrita en el original).

Sobre la clasificación jurídica de la "ley de obediencia debida" no existió acuerdo ni siquiera en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en 1987 se pronunció respecto de algunas impugnaciones de índole constitucional que se formularon con relación a dicha ley

Asimismo se sostuvo que "... la aplicación del Derecho de Gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (art. 118 CN.)" (consid. 38, la cursiva se agrega).

Tanto en el voto citado (consid. 39) como en el voto del Dr. Bossert (consid. 51) se mencionó al art. 118 de la Constitución Nacional como norma de recepción de los principios referidos a crímenes contra el derecho de gentes, al expresarse: "Que a diferencia de otros sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América en el que el constituyente le atribuyó al Congreso la facultad de 'definir y castigar' las 'ofensas contra la ley de las naciones' (art. I secc. 8), su par argentino al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación **re-**



La Perla, escenario de crímenes definidos como contra la humanidad.

ceptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del Derecho de Gentes en la jurisdicción nacional –que así integra el orden jurídico general– de conformidad con lo dispuesto por el art. 21 ley 48 ya citado" (sin negrita en el original).

Fue sobre la base de esa incorporación de los postulados modernos referidos a crímenes contra el derecho de gentes al derecho interno argentino que se sostuvo que los hechos no debían considerarse prescriptos para nuestro país. En otras palabras, el desarrollo que la Corte Suprema realizó acerca de la incorporación del derecho de gentes a nuestro ordenamiento jurídico interno apuntó a demostrar, precisamente, que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles en nuestro medio.

Es que la consideración de tales crímenes como no sujetos a prescripción es una consecuencia natural e ineludible de la aceptación de que los hechos son crímenes contra la humanidad. Con mayor razón, si se repara en que las normas atinentes a dichos crímenes son de carácter ius cogens e imponen a todos los estados que forman parte de la comunidad internacional obligaciones de las que no pueden sustraerse (obligatio erga omnes).

Entonces, el reconocimiento de los crímenes contra la humanidad así como las condiciones para su juzgamiento que impone el derecho de gentes a través de sus normas más encumbradas, no sólo se deriva de la recepción que realiza el art. 118 de la Constitución Nacional, tal como se ha expresado más arriba, sino, además, del hecho de formar parte de la comunidad internacional, de aceptar sus normas, de formar parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que consagra una de las funciones del ius cogens) y el hecho de haber contribuido a la consolidación del derecho penal internacional.

Estos conceptos están en la base del pronunciamiento que en el caso "Priebke" realizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así se afirmó que "entre la serie de normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentran la prohibición del genocidio, el principio de no discriminación racial y los crímenes contra la humanidad, ofensas todas presentes en los actos cuyo juzgamiento aquélla [la República de Italia] persigue.

"Estas reglas establecidas consuetudinariamente no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El concepto de ius cogens fue aceptado por la Comisión de Derecho Internacional e incorporado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969 (art. 53) –ratificado por ley 19.865– [...].

"El carácter jus cogens de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga este tipo deilegalidades. La función del jus cogens es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derechos cuya inobservancia pueda afectar la esencia misma del sistema legal" (consid. 70 del voto conjunto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor).

Como conclusión de lo dicho en estos párrafos, los jueces concluyeron: "Que tal calificación, que atiende a la comisión de delitos contra la humanidad, responde a los principios del jus cogens del derecho internacional. En esas condiciones, y dado que dichos delitos son imprescriptibles, corresponde hacer lugar a la extradición solicitada" (Ibíd., consid. 76).

El fallo citado es, sin duda, un reconocimiento de la plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico interno de los "postulados modernos" referidos a crímenes contra el derecho de gentes. En el caso que tuvo que resolver la Corte, el efecto concreto de la aplicación de esos postulados modernos del derecho de gentes fue la consideración de los hechos como no sujetos a prescripción. En consecuencia, **no se consideraron aplicables los plazos de prescripción previstos en el art. 62 del Código Penal**.

Vale recordar que la sentencia del tribunal inferior había rechazado el pedido de extradición sobre la base de considerar aplicable el art. 62 del C.P. según el cual los hechos ya estaban prescriptos en nuestro país. La Corte consideró aplicable el tratado de extradición con Italia que requería que el hecho no estuviera prescripto en nuestro país. El punto era, entonces, responder la siguiente cuestión: ¿son aplicables a los crímenes contra el derecho de gentes los plazos de prescripción previstos en el Código Penal? Según la doctrina de la Corte en el caso Priebke, no son aplicables dado que dichos crímenes (al menos los crímenes contra la humanidad y el genocidio) **son imprescriptibles o, en otras palabras, no están sujetos a prescripción**.

A mi juicio, la circunstancia de que la doctrina indicada haya sido pronunciada en el marco de una extradición no le resta valor a los efectos de definir su aplicación a un caso donde se juzguen efectivamente crímenes contra la humanidad.

En primer lugar, es claro que no hay dos regímenes de prescripción diversos, según se trate de un trámite de extradición o de un proceso penal propiamente dicho. A los efectos de la extradición debe evaluarse si la acción está vigente o si, en cambio, está prescripta. Y la respuesta no puede ser distinta en un caso y en otro puesto que las reglas para determinar la vigencia o la prescripción de la acción son exactamente las mismas. La Corte respondió acertadamente: los crímenes contra la humanidad son, en nuestro ordenamiento jurídico interno, imprescriptibles (no están sujetos a prescripción).

Por otra parte, debe observarse que la norma en la que con mayor énfasis se fundó la recepción en nuestro ordenamiento jurídico interno de los postulados modernos referidos a los delitos contra el derecho de gentes, fue el art. 118 de la Constitución Nacional. Ahora bien, esa norma está destinada principalmente a surtir efectos en el ámbito del **juzgamiento** de los crímenes contra el derecho de gentes. No es una norma que se refiera a extradición. Está claro que, desde el momento en que establece determinadas consecuencias para el juzgamiento de dichos crímenes, también podrá producirlas en el ámbito de las extradiciones.

El supuesto fáctico del que parte la ley (situación de coerción e imposibilidad de revisar la legitimidad de las órdenes y resistir a ellas) no sólo no se apoya en ninguna constatación fáctica sino que contradice lo que surgía de todas las fuentes de conocimiento disponibles.

Tampoco la imprescriptibilidad, como norma que integra los postulados modernos referidos a delitos contra el derecho de gentes, es una norma que esté concebida para las extradiciones.

Por lo tanto, estimo que la doctrina sostenida por el Alto Tribunal en el fallo referido no podría ser dejada de lado en un caso donde deban juzgarse crímenes contra la humanidad. La imprescriptibilidad fue reconocida, asimismo, por la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en causas donde se investigan crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país.

También con base en la directa vigencia en nuestro sistema jurídico de las normas que el derecho de gentes ha elaborado en torno a los crímenes contra la humanidad y que nuestro sistema jurídico recepta a través del art. 118 C.N., la imprescriptibilidad fue sostenida, por ambas Salas de esa Cámara Federal, en los pronunciamientos de fecha 9 de septiembre de 1999 in re "Massera s/excepciones" (Sala I, expte. 30514), 4 de mayo de 2000 in re "Astiz, Alfredo s/nulidad" (Sala II, expte. 16.071) y 4 de octubre de 2000 in re "Contreras Sepúlveda s/prescripción de la acción penal" (Sala II, expte. 18.020).

Conforme lo hasta aquí expuesto, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a prescripción. Ello es una consecuencia ineludible de la aplicación de los principios del derecho de gentes que nuestro ordenamiento jurídico interno recoge y cuya aplicación al caso se impone toda vez que, conforme fuera establecido en el Capítulo III, los hechos que aquí se investigan son crímenes contra la humanidad.

A lo dicho cabría agregar otras consideraciones en favor de la imprescriptibilidad de los hechos, algunas de las cuales ya fueron expresadas en la resolución de este Juzgado de fecha 22 de enero del corriente año en estas mismas actuaciones. Sin embargo, ello implicaría extenderse más allá de lo razonable en una resolución que no tiene por objeto resolver concretamente esta cuestión.

V. LAS LEYES 23.492 Y 23.521 COMO OBSTACULOS PARA LA PERSECUCION PENAL DE HECHOS COMETIDOS EN EL MARCO DEL SISTEMA CLANDESTINO DE REPRESION (1976-1983)

Los hechos que se investigan en esta causa son conductas llevadas a cabo en el marco del sistema clandestino de represión implementado por las autoridades de facto que asumieron el control total de los poderes políticos de la Nación el 24 de marzo de 1976.

En efecto, ha sido acreditado en esta investigación que Gertrudis Hlaczik fue secuestrada por fuerzas que participaban del sistema represivo, junto a su hija, Claudia Victoria Poblete, cuando ésta contaba con ocho meses de edad. Asimismo ha quedado acreditado que José Liborio Poblete, esposo de Gertrudis y padre de Claudia, también fue secuestrado por personal de las fuerzas armadas. Estas circunstancias ya habían sido probadas en la "causa n 13" (Casos 93 y 94).

En el marco de esta investigación se llevaron a cabo las medidas de prueba necesarias para determinar el posible paradero de Claudia Victoria Poblete –hasta ese entonces desconocido– y la identificación de los autores y/o partícipes de los delitos de los que fue víctima. Fue así que pudo establecerse que se encontraba con vida, que su identidad había sido cambiada por la de Mercedes Landa y que vivía en esta Ciudad con Mercedes Moreira y Ceferino Landa (oficial del Ejército Argentino) quienes en el transcurso del año 1978 la habían anotado como descendiente biológica del matrimonio.

También se acreditó, con el grado de certeza propio de esta etapa procesal, que dentro del grupo de las fuerzas de seguridad que secuestró a Claudia Victoria Poblete y a su madre, se hallaban Juan Antonio Del Cerro ("Colores") y Julio Héctor Simón ("Turco Julián"). Este grupo de funcionarios estatales que participaba del sistema clandestino de represión condujo a Claudia Victoria y a su madre al centro de detención conocido como "Olimpo". Allí, la niña fue retenida y luego entregada a personas ajenas a su grupo familiar y, como se dijo, su destino fue quedar en poder del matrimonio Landa–Moreira.Por el hecho de la sustracción, retención y ocultación de Claudia Victoria Poblete se encuentran procesados y detenidos provisionalmente Del Cerro y Simón. Asimismo, se hallan procesados Mercedes Moreira y Ceferino Landa por la ocultación de la nombrada, la alteración de su identidad y la falsificación y el uso de diversos documentos públicos (hechos por los cuales ya se elevó la causa a juicio).

También ha podido establecerse que dentro del centro clandestino de detención "Olimpo", Gertrudis Hlaczik y José Liborio Poblete fueron mantenidos privados de su libertad y sometidos a diversas formas de vejámenes y torturas, tal como ha sido descripto en el punto II.a. de la presente resolución. Su suerte final se desconoce.

Con relación a estos hechos cometidos en perjuicio de Gertrudis Hlaczik y José Poblete, el CELS solicita se reciba declaración indagatoria a un grupo de personas que, según se afirma en su presentación, habría participado en tales hechos. En el punto II.a. indicado se afirmó que, sobre la base de las pruebas reunidas hasta el momento, este Juzgado estima que existe mérito suficiente como para recibirles declaración indagatoria a Julio Héctor Simón ("Turco Julián") y a Juan Antonio Del Cerro ("Colores").

Ahora bien, tanto Simón como Del Cerro tenían, al momento de los hechos un grado de jerarquía tal dentro de la Policía Federal conforme al cual estarían comprendidos dentro de los alcances de las leyes 23.492 y 23.521.

Estas dos disposiciones legislativas implicarían obstáculos jurídicos para concretar una imputación penal por los hechos recién descriptos respecto de los nombrados. En efecto, las leyes 23.492 y 23.521 sustraen del conocimiento de la justicia penal a diversos hechos ocurridos en el marco de la represión ilegal, entre los que se encuentran los hechos de los que fueron víctimas José Poblete y Gertrudis Hlaczik (Si bien tales leyes fueron derogadas por la ley 24.952 sus efectos ultractivos las harían aplicables al caso).

Como se verá a continuación, dichas leyes establecen la impunidad (extinción de la acción penal y no punibilidad) de los delitos cometidos en el marco de la represión sistemática (1976–1983). A su vez, la ley 23.521 alcanza a un grupo de personas definido por su pertenencia a las fuerzas de seguridad con un cierto grado de jerarquía, entre los que se encuentran los aquí imputados. Por esta razón, en caso de que se consideraran válidas estas leyes, ellas serían aplicables a los hechos que se le imputan a Simón y a Del Cerro con relación al secuestro, torturas y demás circunstancias de las que fueran víctimas José Liborio Poblete y Gertrudis Hlaczik, con lo cual debería declararse que se hallan extintas las acciones penales respectivas (ley 23.492) y que los nombrados no son punibles por tales hechos (ley 23.521).

En lo que sigue, además de describirse el contenido de tales leyes, se mostrará cómo ellas se oponen a principios jurídicos reconocidos universalmente desde hace siglos y trastoca gravemente el sistema de valores en los que se apoya nuestro sistema jurídico. Asimismo, se analizará la validez de las leyes mencionadas a la luz de normas generadas en el ámbito del derecho internacional y que integran nuestro ordenamiento jurídico interno. La contradicción de las leyes 23.492 y 23.521 con dicha normativa lleva, como se verá oportunamente, a que deban ser declaradas inválidas.

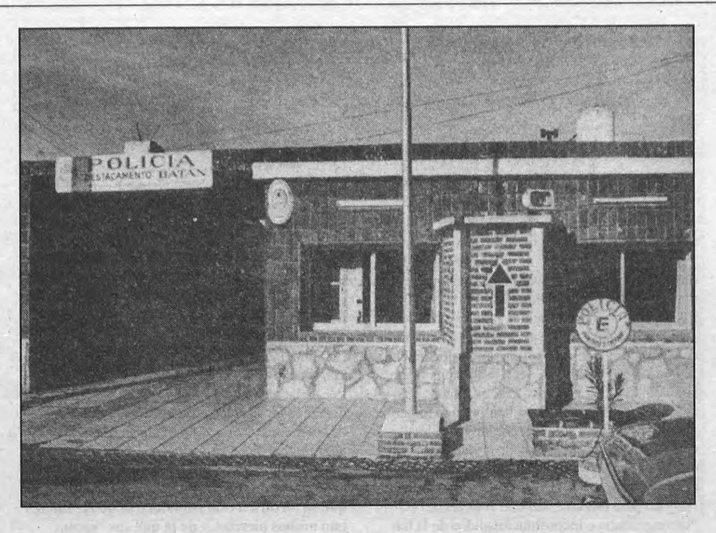
Conforme el alcance que se le otorga a la "obediencia debida" en la ley 23.521 dicha eximente comprende también a hechos de ilegalidad manifiesta e inclusive a hechos atroces o aberrantes. Este alcance contradice los principios jurídicos elaborados por una larga tradición.

Cabe aclarar que los fundamentos jurídicos que conducirán a declarar inválidas las leyes mencionadas no fueron, hasta el momento, objeto de análisis por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A) La ley 23.492 (comúnmente denominada "ley de Punto Final")

La ley 23.492 en la parte que aquí interesa estableció lo siguiente: "Art. 1. Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presuntaparticipación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley". Sólo se exceptuaron de esta disposición los casos "...de delitos de sustitución de estado civil y sustracción y ocultación de menores" (art. 5).

Por su forma de redacción, y en especial, por la referencia expresa a la "extinción" de la acción penal se discutió al tiempo de su sanción si esta ley constituía una reducción especial del plazo de prescripción de la acción penal o una amnistía su-



Comisaría de Batán, en Mar del Plata: otra cárcel secreta.

jeta al cumplimiento de una determinada condición (Sobre esta cuestión puede verse Sancinetti, Marcelo, "Derechos Humanos en la Argentina Post– Dictatorial", Lerner Editores, Buenos Aires, 1988, ps. 62 y siguientes).

Con la prescripción de la acción penal y con la amnistía, la ley de "Punto Final" comparte el efecto último de estos institutos: la extinción de la acción penal (art. 59 del Código Penal). Sin embargo, de acuerdo con las características más significativas la ley encuentra distinciones por las cuales puede ser considerada como una amnistía, más que como un plazo especial de prescripción de la acción penal.

En efecto, entre los fundamentos políticos que se esgrimen para sostener a la prescripción de la acción penal se encuentra la dificultad probatoria derivada del transcurso del tiempo y la disminución del interés de la sociedad de castigar al delito. La ley de "Punto Final" no se apoyó sobre ninguno de estos dos fundamentos, estaba dirigida, lisa y llanamente, a detener investigaciones y a lograr la impunidad de quien no fuera citado en el plazo que se estipulaba. Entre los fundamentos políticos que el Poder Ejecutivo Nacional exteriorizó en el mensaje de elevación al Congreso de la Nación del proyecto de ley se encontraba la necesidad de poner fin a los procesos para resguardar "la garantía de la pronta terminación de los procesos", "la consolidación de la paz social" y la "reconciliación nacional".

Por otro lado, el plazo de prescripción de la acción penal se establece a partir de límites mínimos y máximos de pena y tiene relación directa con la gravedad del delito cometido (art. 62 del Código Penal). La ley de "Punto Final" no establece ninguna distinción entre las diferentes clases de delitos para que opere la extinción de la acción, no discrimina su aplicación dentro de todo el universo de delitos comprendidos en el art. 10 de la ley 23.049 y "los vinculados a la instauración de formas violentas de acción política".

Además, la prescripción se establece mediante un plazo que comienza a transcurrir a partir del momento de comisión del hecho (art. 63 del Código Penal), mientras que, en la ley de "Punto Final", no existe referencia alguna a dicho momento para el cómputo del plazo de sesenta días que en ella se fija, sino que ese plazo debe contarse desde la fecha de promulgación de la ley 23.492.

De acuerdo con lo expuesto, podemos sostener que la ley de "Punto Final" no cumple con los rasgos distintivos de una norma de prescripción de la acción penal, antes bien, por sus características puede ser considerada como una ley de la amnistía.

En efecto, la ley 23.492, como las leyes de amnistía, importa "...la suspensión de la ley penal con respecto a hechos determinados" y se fundamenta políticamente en un argumento de interés general (en el caso, como se dijo, la idea de la "pacificación nacional") (cfr. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tea, Buenos Aires, 1992, Tomo 2, p. 538).

En palabras de Marcelo Sancinetti: "La Ley de 'Punto Final' fue, jurídicamente, una 'Ley de Amnistía' [...] Esta gracia para hechos pasados–no extensible a los casos futuros– pone la ley en el ámbito de la amnistía, que no puede dejar de referirse a hechos ya cometidos;... [...] La ley se halla motivada (aunque sus fundamentos explícitos son muy oscuros, producto más bien del fariseísmo político que ha acompañado a esta iniciativa) en la necesidad –supuesta, y, en tal sentido, no discutida aquí– de lograr la concordia social, a través de evitar que sobre todo un grupo 'penda un estado general de sospecha'. Este es el fundamento político de una ley de amnistía, y de ninguna otra cosa [...] La peculiaridad consiste, entonces, en que este proyecto de 'Ley de Amnistía' –a diferencia de sus antecedentes argentinos– carece de efectos inmediatos, sino que el 'perdón' queda diferido y sujeto a una condición negativa: a que en cierto plazo no sea citado a indagatoria el autor del hecho amnistiado (o que no esté rebelde, etc.)" (cfr. Sancinetti, M., "Derechos Humanos...", cit., p. 69/71, el destacado aparece en el original).

Conforme lo expuesto, la ley 23.492 es asimilable a una ley de amnistía en tanto sus características se asemejan a las de tal instituto y, en especial, sus efectos son equiparables a los de una amnistía. Así, en palabras de Soler, la amnistía tiene "...por efecto hacer desaparecer el hecho como fuente de pena..." y con ella "...se extingue no solamente la acción penal, sino la potestad represiva misma, con respecto a un hecho determinado" (op. y loc. cit).

B) La ley 23.521 (comúnmente denominada "ley de obediencia debida")

Mediante la ley 23.521 se estableció que: " Art. 1. Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida [...] En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad. Art. 2. La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles. [...] Art. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23.492, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 1 de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1, primer párrafo de la presente ley".

Si a efectos de su clasificación jurídica la ley de "Punto Final" presentó algún debate, los problemas a este respecto resultaron aún mayores con la ley 23.521.

A partir de una primera aproximación a la ley podemos sostener que el legislador nacional efectuó una valoración de hechos pasados llevados a cabo por un grupo determinado de personas que había cumplido funciones durante el "Proceso de Reorganización Nacional". Sobre

Como la función de la Corte Suprema es aplicar la Constitución, la hermenéutica que realice de las normas sobre obediencia militar no podrá ser ajena ni a los principios republicanos y democráticos, ni a la tradición jurídica que también en esta materia delicada postula.

este grupo, el legislador afirmó –mediante la formulación de una presunción que no admite prueba en contrario– que quienes revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias no resultaban punibles por hechos ilícitos realizados "con el motivo alegado de reprimir el terrorismo" (art. 10 de la ley 23.049) porque habían cumplido órdenes que no tuvieron la posibilidad de cuestionar (es decir, por haber obrado en virtud de "obediencia debida"). En el artículo cuarto, la ley reafirmó elcontenido de lo establecido por la ley de "Punto Final" disponiendo la no perseguibilidad de los hechos, sin someter tal efecto a condición alguna, a diferencia de la ley 23.492 (que preveía la condición de no ser citado a indagatoria en un cierto plazo).

Sobre la clasificación jurídica de la "ley de obediencia debida" no existió acuerdo ni siquiera en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en 1987 se pronunció respecto de algunas impugnaciones de índole constitucional que se formularon con relación a dicha ley (Fallos 310:1162, en la ya mencionada "causa 44").

Se dijo, en esa oportunidad: a) que era una modificación especial de Código Penal que importaba la creación de una condición negativa de punibilidad o excusa absolutoria; b) que era una ley de amnistía; c) que podía ser una ley de amnistía o una modificación al Código Penal y d) que era un acto propio del Poder Judicial: una sentencia.

En efecto, los jueces Belluscio y Caballero sostuvieron que se trataba de una modificación legislativa de carácter objetivo que impedía la imputación delictiva de determinados hechos, agregando que el Congreso de la Nación se encontraba facultado para sancionar este tipo de modificaciones. Así, en el considerando 12 del fallo citado afirmaron: "Que el legislador tiene amplias facultades en cuanto a introducir cambios en las leyes, ya que la modificación de éstas no da lugar a cuestión constitucional alguna, ni existen derechos adquiridos a la simple inalterabilidad de las normas [...] En consecuencia, el Poder Legislativo puede, válidamente, como lo hace el art. 1 de la ley 23.521, establecer la no punición de determinados hechos delictivos, como ocurre precisamente con los delitos para los cuales crea exención de pena en virtud de considerar prevaleciente una condición negativa de punibilidad (por ejemplo, arts. 185, 232, 279 del Código Penal) fundada en la relación del autor con el hecho. Y esto es así, porque le está atribuido declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer o suprimir penas [...], como consecuencia de la facultad que le otorga la Ley Fundamental de dictar, entre otros, el Código Penal (art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional)".

Por su parte el juez Fayt se abstuvo de efectuar una calificación precisa e indicó que la ley podía ser considerada tanto una ley de amnistía como una modificación del Código Penal. En tal sentido expresó: "Que las facultades del Congreso Nacional tienen la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley persigue en el caso. La cuestión de determinar si es ésta una modificación legislativa o una amnistía parece aquí estéril si se atiende a que en ambas hipótesis estuvo en los poderes del Congreso el dictarla" (ver considerando 9).

La tesis de que la "ley de obediencia debida" se trataba de una ley de amnistía fue sostenida por el juez Petracchi, quien luego de señalar que la ley adolecía de deficiencias técnicas de instrumentación, indicó: "[...] teniendo en cuenta que la función judicial no puede sustituir la acción de los poderes a los que incumbe la preservación de la paz pública ni asumir la responsabilidad de éstos [...] y toda vez que resulta indudable que respecto de las personas comprendidas en el artículo 1, primer párrafo de la ley 23.521, el Poder Legislativo ha decidido clausurar la persecución penal de las acciones ilícitas que aquellas personas puedan haber realizado, cabe concluir que el Congreso Nacional ha ejercitado la facultad que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el art. 67, inc. 17 de la Constitución Nacional" (considerando 35).

Por su parte, el juez Bacqué consideró que el Congreso de la Nación había dictado, lisa y llanamente, una sentencia. En estos términos se expresó: "El restringido ámbito de aplicación de la ley bajo examen a que se refiere el primer párrafo de este considerando, es coherente con la naturaleza de esta 'ley', la cual, si bien lo es en sentido formal enrazón del órgano que la ha dictado, constituye jurídicamente el ejercicio de la función judicial. Por esto, por su carácter de 'sentencia del Legislativo', es que la ley no se declara aplicable a los procesos ya juzgados" (del considerando 4).

Luego de transcribir el texto del art. 1 de la ley 23.521 el juez Bacqué manifestó que "...la norma transcripta establece que las personas mencionadas en ella actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedándoles a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar órdenes) existieron o no en realidad. Es decir, la disposición en examen impone a los jueces una determinada interpretación de las circunstancias fácticas de cada caso en particular, sometido a su conocimiento, estableciendo una presunción absoluta respecto de la existencia de aquéllas" (considerando 10).

Resulta difícil no coincidir con esta observación de Bacqué si se atiende al modo en que está concebido el art. 1 de la ley 23.521. La decisión concreta que en dicha disposición se enuncia ("no son punibles...") se apoya en un razonamiento que parece propio de la función judicial. La ley declara que la no punibilidad se basa en que los autores y partícipes de los hechos a los que se refiere actuaron en "obediencia debida" (primer párrafo) y que "obraron en estado de coerción y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad" (párrafo tercero).

En consecuencia, si se repara en el argumento que en la ley se esgrime para fundar la conclusión de que "no son punibles" las personas a las que tal ley pretende alcanzar, es claro que el acto legislativo se acerca y reemplaza a la función jurisdiccional.

A partir de la vigencia de la ley 23.521 a los jueces que tenían asignado el conocimiento de hechos particulares y concretos cometidos en el marco de la represión ilegal se les impuso una realidad, más allá de cuáles fueran las pruebas producidas o las que podían realizarse en el futuro, según la cual, los imputados actuaron coercionados y en virtud de órdenes superiores respecto de las que no tuvieron posibilidad de inspección, oposición ni resistencia en cuanto a su oportunidad ni legitimidad.

No hay duda, por un lado, de que esta cobertura argumental en que la ley se apoya para concluir en la no punibilidad, no se funda en ninguna constatación empírica sobre cómo sucedieron los hechos y, por otro lado, que rompe con toda una tradición jurídica nacional y universal que se remonta, esta última, a épocas medievales y aun anteriores, relativa a los límites que cabe reconocerle a la obediencia a órdenes superiores.

C) La determinación de los hechos (o la creación de la realidad) por medio de la ley

La falta de fundamento en una constatación empírica para sostener la conclusión de que los integrantes de las fuerzas de seguridad actuaron coaccionados o en circunstancias tales que no podían inspeccionar la legitimidad de las órdenes o resistir a ellas, es algo que está en la base misma de la concepción de la ley, en tanto una de sus premisas es fundarse en la mera voluntad creadora del legislador y, uno de sus fines, precisamen-

Las facultades de derogar o modificar las normas penales se ejercen con relación a conductas futuras. Si, en ciertos supuestos, sus efectos también alcanzan a hechos pasados, ello es sólo por la extensión que de dichos efectos se hace en virtud de algún principio especial.

te, detener e impedir las investigaciones sobre los numerosos y diversos casos que se habían denunciado o podían denunciarse. Es por ello que **la ley crea una "realidad" y no admite prueba en contrario.**

El supuesto fáctico del que parte la ley (situación de coerción e imposibilidad de revisar la legitimidad de las órdenes y resistir a ellas) no sólo no se apoya en ninguna constatación fáctica sino que, incluso, contradice lo que surgía de todas las fuentes de conocimiento disponibles en el momento de sanción de la ley, entre ellas, los informes de laComisión Interamericana de Derechos Humanos de 1980 y de la Conadep (ya citados), las investigaciones penales en curso y las sentencias que hasta ese momento se habían pronunciado (causas n 13 y 44), sentencias que, paradójicamente, fueron citadas como fundamento en el Mensaje de Elevación del Proyecto de ley.

A su vez, la decisión de no admitir prueba en contrario indica que la voluntad legislativa de considerar reales a los supuestos estados de coerción y de imposibilidad de revisar órdenes que habrían padecido los integrantes de las fuerzas de seguridad, se intentó mantener fuera de toda contrastación fáctica también con relación a elementos de prueba que pudieran surgir con posterioridad a la sanción de la ley. Ello toda vez que, al realizar esa presunción jure et de jure y consagrar la no punibilidad de los acusados, la ley práctica-

mente cerró toda posibilidad de investigación en el marco del proceso penal.

Entre los hechos que la ley alcanza con su presunción absoluta se encuentran conductas a todas luces atroces y aberrantes. De las sentencias pronunciadas con anterioridad a la sanción de la ley 23.521 y de la totalidad de fuentes de conocimiento disponibles surge que las prácticas llevadas a cabo dentro del plan sistemático de represión incluyeron diversos modos de tortura física y psíquica tales como el sumergir la cabeza de personas indefensas en agua hasta el límite de su resistencia, la aplicación de corriente eléctrica en su cuerpo, la sujeción de los detenidos maniatándolos con cadenas, el sometimiento a simulacros de fusilamiento, la quemadura de los detenidos con cigarrillos en distintas partes del cuerpo, la aplicación a los detenidos de alfileres y otros instrumentos punzantes en las uñas de las manos y los pies; el acorralamiento de los prisioneros con perros bravos, el mantenimiento de los detenidos encapuchados por varias semanas acostados y atados de pies y manos, etc. (ver capítulo II de esta resolución).

Teniendo en cuenta esas circunstancias, cabe preguntarse: **¿Es posible que una ley de la Nación presuma que en tales situaciones un sujeto dotado de discernimiento pudo no tener capacidad para revisar la legitimidad de la orden?** La ley 23.521 va más allá pues no sólo presume que sí, que es posible que una persona dotada de discernimiento no tenga capacidad para revisar la legitimidad de una orden semejante, sino que, en el paroxismo de la creación, revela sin admitir prueba en contrario, que así sucedió efectivamente en todos los casos a los que la norma en examen se refiere, esto es, la inmensa mayoría de los hechos ilícitos cometidos en el marco del sistema clandestino de represión (1976–1983), incluidos los hechos que tuvieron por víctimas a José Poblete y Gertrudis Hlaczik.

Concretamente, en el presente caso, la ley 23.521 impone al juzgador una determinada realidad que según la ley debe tomar por cierta, aun cuando las pruebas indicaran lo contrario: El personal de las fuerzas de seguridad que secuestró a Gertrudis Hlaczik y a José Liborio Poblete, las personas que los torturaron, quienes intentaron denigrar a este último cuando aludiendo a su condición de lisiado de ambas piernas lo llamaban "cortito" y lo arrojaban al suelo desde lo alto, actuaron, –según la "ley de obediencia debida"– cumpliendo órdenes superiores, no pudieron revisar su legitimidad, no pudieron resistir esas órdenes, y, además, pesaba sobre todo el personal de seguridad que participó en esos hechos un estado de coerción (!!!).

Por ley se dice que así fueron los hechos y no se admite prueba en contrario. Esa realidad se le impone al juez, cualesquiera sean las pruebas con las que cuenta, se le impone a las víctimas y sus familiares e, incluso, se le impone a los posibles imputados aun cuando éstos, por hipótesis, se esmeraran en demostrar que no recibieron ninguna orden o que la recibieron pero no pesaba sobre ellos coerción alguna y que comprendieron que cometían un hecho ilícito (sobre este supuesto, ver elcaso del cabo Cozzani, quien intentó sin éxito "renunciar" a los beneficios de la "ley de obediencia debida" dado que, según afirmó en su escrito, "...ningún argentino bien nacido puede necesitar una orden para defender a su patria, la vida o bienes de sus semejantes". Cfr., Sancinetti, M., "Derechos Humanos...", cit., p. 135).

Sobre la sanción de la "ley de obediencia debida" cabe citar aquí la opinión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba cuando expresó: "Hace ya siglos que se dijo, para expresar el poder del Parlamento británico, que lo puede todo, menos hacer de un hombre una mujer o de una mujer un hombre, o sea, todo, menos lo contradictorio. Pues bien, los colegisladores que han dado en la Argentina la ley 23.521, llamada obediencia debida, y sus valedores, que sin pérdida de tiempo han declarado su constitucionalidad, haciendo así para los jueces y tribunales inferiores imperativa su aplicación, se diría que se hallan al margen de las exigencias de la lógica y que han sobrepasado los lindes que limitaban el poder del Parlamento inglés, haciendo posible y obligatorio lo contradictorio [...] Pero lo absurdo de esta denominada ley, es decir, su incoherencia, su carácter contradictorio, su carencia total de lógica, se revela quizá mejor y de manera más demoledora que en nada en el hecho de que, siendo, según su propio tenor, una ley de obediencia debida y apelando a tal institución para fundamentar la exención que establece de responsabilidad criminal, y girando, por otra parte, toda obediencia en torno a la existencia real de la orden superior que el subordinado tiene que cumplir, no se precisa, para beneficiarse de ella, que haya habido semejante orden, para prescribir la cual fuera quien la dio competente o no, revestida de las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico o no, vinculante o no; lisa y llanamente, simplemente, se la supone. Efectivamente, esto es mucho más que hacer de un hombre una mujer o viceversa; es crear sólo con mente y voluntad la realidad e imponerla como tal, sirviéndose para este objeto de los medios y elementos coercitivos de que, para ordenar la vida social, como es natural, y no para forzarla, dispone el Derecho" (Cfr. "Incongruencia e Inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de Obediencia Debida", en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 525 y 528).

Por otra parte, debe observarse que esta creación que se realiza a través de la ley 23.521 si bien comprende a la mayor parte de los delitos cometidos en el marco de la represión sistemática (1976–1983), excluye de sus alcances a los delitos de "...violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles" (art. 2). En otras palabras, la ley en análisis presume sin admitir prueba en contrario que los integrantes de las fuerzas de seguridad que tenían el grado de jerarquía al que la norma se refiere recibieron órdenes de sus superiores, pesaba sobre ellos un estado de coerción y no tuvieron posibilidad de revisar su legitimidad y de resistirla en casos tales como privación de la libertad, tortura y homicidio (en virtud de lo cual "no son punibles"), y a la vez, establece que en los supuestos de violación, sustracción y ocultación de menores, sustitución de su estado civil o apropiación extorsiva de inmuebles, o bien dichas órdenes no existieron o bien si existieron no se dieron en el mismo contexto, dado que en estos casos ya no presume la ley el estado de coerción, ni la imposibilidad de revisar la legitimidad o ilegitimidad de las órdenes ni la imposibilidad de resistir su cumplimiento.

Ello, más allá de los motivos del legislador para efectuar un recorte tal en el ámbito de aplicación de la "ley de obediencia debida", conduce a que se elimine la punibilidad respecto de conductas contrarias a bienes jurídicos ponderados por el ordenamiento jurídico como de jerarquía superior (p. ej. la vida), mientras se mantiene la posibilidad deperseguir penalmente conductas que afectaron a bienes jurídicos de menor jerarquía (p. ej. la propiedad).

> ***Es claro que la conducta de un estado que integra la comunidad internacional que asume esos principios como vinculantes para todos sus miembros, debe estar acorde con ellos. El estado en cuyo territorio se cometan crímenes contra la humanidad, debe investigarlos.***

Al respecto, se ha expresado que: "El desequilibrio de esta ley, no ya con el complejo normativo argentino, sino incluso consigo misma, llega al absurdo de eximir de responsabilidad criminal, ¡por considerar que obró en virtud de obediencia debida!, a quien mató, sin privarse de hacerlo en las condiciones más horrendas, a un niño de tierna edad, y no, en cambio, al que lo dejó vivir y, movido acaso en medio de la barbarie por un impulso de piedad, lo ocultó o le sustituyó el estado civil, o al de eximir el robo con homicidio, en que la violencia culmina en la muerte, y no, sin embargo, la apropiación extorsiva de inmuebles, en que basta el mero empleo de la violencia" (Rivacoba y Rivacoba, cit, p. 528).

Este desequilibrio que produce la ley 23.521 se observa claramente en el caso, toda vez que dicha norma permitió y permite investigar a los efectos punitivos la sustracción, retención y ocultación de Claudia Victoria Poblete (cuyos presuntos autores fueron procesados) y, al mismo tiempo, impide investigar e imputar a los autores de la privación de la libertad, la tortura y demás actos de los que fueron víctima sus padres. Asimismo, según esa norma, los integrantes de las fuerzas de seguridad que secuestraron, *en un mismo acto*, a Gertrudis Hlaczik y a su hija de ocho meses de edad y las condujeron al centro clandestino de detención "Olimpo", actuaron en obediencia debida sólo respecto de la madre pero no con relación a su hija o, bien, pesaba sobre ellos un estado de coerción sólo vinculado a Gertrudis Hlaczik mas no respecto de Claudia Victoria Poblete.

Nos encontramos ante un caso paradigmático. En él la manifiesta irracionalidad de la presunción que hace la ley queda demostrada palmariamente. Por un lado, si la presunción que de modo general realiza la ley acerca de la existencia de órdenes, de coerción y de imposibilidad de comprender la ilegitimidad de las órdenes, es ya fuertemente cuestionable en ese nivel general, **¡cuánto más en el presente caso donde las pruebas indican que se torturó a una persona a la que le faltaban ambas piernas, y de la que sus "captores–carceleros" se burlaban llamándolo "cortito" y lo tiraban al suelo desde lo alto sabiendo que la falta de miembros inferiores impediría evitar que se golpeara al caer; al que le quitaron la silla de ruedas, la misma que sirvió para su "traslado" a su incierto destino y que quedara luego arrumbada en un rincón de la playa de estacionamiento del "Olimpo"!** (cfr. "Nunca Más", cit., p. 345).

Por otra parte, no puede dejar de señalarse que el hecho de la sustracción de Claudia Victoria es inescindible del secuestro de su madre y que la prueba que indica cómo se produjeron los hechos es común a ambas situaciones, pese a lo cual la ley 23.521 realiza una presunción sin admitir prueba en contrario sólo respecto de una porción de ese hecho inseparable y sólo permite investigar y sancionar penalmente a los autores respecto de esa porción.

D) La valoración jurídica que hace la ley. La obediencia jerárquica y sus límites

Además de las circunstancias de hecho que la "ley de obediencia debida" presume sin admitir prueba en contrario (existencia de órdenes en todos los casos, estado de coerción en todos los casos, etc.), el juicio que se realiza en dicha disposición legislativa para concluir en la no punibilidad de las conductas que integraron el sistema de represión política (1976–1983) se funda en la "obediencia debida" a las órdenes superiores (art. 1, primer párrafo). Conforme el alcance que se le otorga a la "obediencia debida" en la ley 23.521 dicha eximente comprende también a hechos de ilegalidad manifiesta e inclusive a hechos atroces o aberrantes. Este alcance otorgado al deber de obediencia contradice los principios jurídicos elaborados por una larga tradición que observa antecedentes remotos y que se encuentran vigentes desde tiempos anteriores a la Edad Media. Dichos principios, relativos a los límites de la obediencia a órdenes superiores, se basan en el reconocimiento de la capacidad moral del hombre y son inherentes a la tradición jurídica y a las bases filosóficas sobre las que se apoya todo nuestro sistema de derecho.

Sobre esta cuestión, se ha explayado con amplitud y erudición el Dr. Bacqué en Fallos 310:1162, no ya al fundar la inconstitucionalidad de la ley 23.521, sino al intentar realizar una interpretación compatible con la Constitución Nacional del art. 514 del Código de Justicia Militar (que se refiere a la obediencia en el ámbito militar).

El Dr. Bacqué efectúa una reseña de antecedentes universales y otros de cuño nacional sobre la materia y demuestra que la obediencia ciega no es admisible en nuestro sistema jurídico y que el deber de obedecer no puede ser extendido a hechos de ilegalidad manifiesta ni, menos aún, a conductas atroces o aberrantes. El voto es esclarecedor y de un inestimable valor republicano. Ello justifica que sea aquí largamente citado.

Expresa el Dr. Bacqué: "Frente a las causalidades que ejercen acción en la vida contemporánea, parece casi ridículo rescatar del polvo de los anaqueles los grandes y viejos principios del humanismo ético y jurídico para reclamar su efectivo acatamiento. Sin embargo, nada resulta más pragmático y realista que hacerlo, y sin concesiones" (consid. 31).

Recuerda que "... las filosofías que proclaman el orden de la libertad han venido reclamando que la obediencia esté penetrada de responsabilidad cívica y sentido de humanidad". En este orden de ideas expresa: "Ya los comentaristas medievales desarrollando soluciones del derecho romano, determinaron que el límite de toda obediencia se hallaba en los llamados crímenes atroces, para distinguirlos de los crímenes más leves. El liberalismo del siglo XIX acentuó el nivel de la propia responsabilidad en la obediencia, inclusive la militar, declarando punibles los delitos cometidos por mandato superior, siempre que la ilegitimidad de éste fuera por completo manifiesta. La primera posición corresponde al constitucionalismo de los sistemas estamentales y la segunda es la del estado de derecho democrático" (Idem).

A continuación, el magistrado menciona las fuentes de las que se deducen estos dos límites que, cada uno en su tiempo, fueron consagrados universalmente como límite a la obediencia jerárquica, aún en el terreno militar: los hechos atroces y aberrantes como valla a la eximición de responsabilidad en la tradición antigua y medieval, y los hechos manifiestamente ilegales, a partir del siglo XIX.

Así, "...una imponente tradición jurídica que parte del derecho romano excluye de toda posible excusa a la obediencia debida a los hechos atroces ... [cita aquí varios Libros del Digesto Romano y el Código Teodosiano]. A partir de estas fuentes, los glosadores y post glosadores negaron en los delitos gravísimos el deber de obediencia por parte de los subordinados" [...] "La atrocidad del hecho aparece como indicador del conocimiento de ilicitud que, entonces, no puede ignorar el subordinado" (consid. 32).

"Por este camino se llega a la opinión de Gandino, en la cual ya no se menciona el carácter atroz del hecho, sino si el mandato está abiertamente contra la ley o es abiertamente según la ley o dudoso" (Idem).

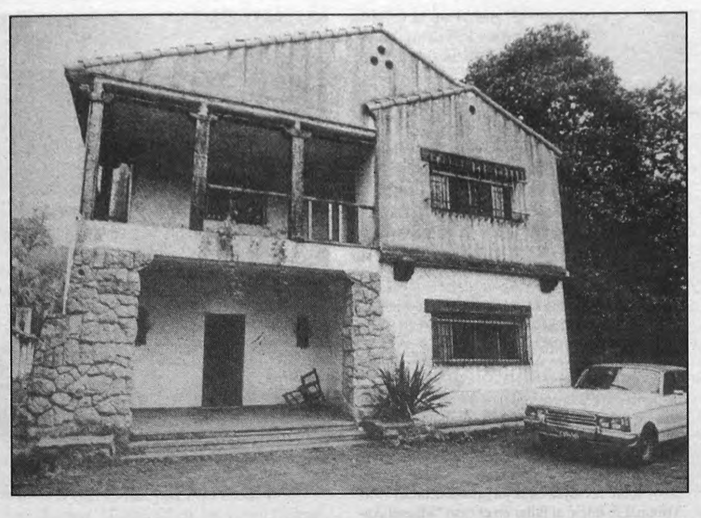
"Párrafo aparte merece el tema del tratamiento de la conciencia dudosa acerca de la ilicitud del acto ordenado en la obediencia debida, tratada por Grocio [...]. Al analizar el tema de la obediencia con relación a la participación en la guerra, el gran internacionalista enfrenta al común criterio medieval sobre la excusa al que obedece dudando del carácter ilícito de lo mandado. El autor, siguiendo la tradición de la filosofía clásica, estima que si existiendo duda no resulta, empero, posible laabstención de todo actuar, es preciso inclinarse por lo que aparezca como el mal menor y en la hipótesis de guerra, la desobediencia constituye el mal menor frente al homicidio, sobre todo de un gran número de inocentes" (Idem)

"Que el panorama de reglas de derecho tradicional arriba trazado comprende también a la obediencia militar, como lo demuestra el derecho canónico de la época [...] el padre de la Iglesia [hace referencia a una cita anterior de San Agustín] sigue, también en el campo militar, la común doctrina eclesiástica, según la cual es obligatorio desobedecer a la órdenes contrarias a la ley divina [...] En la misma línea, pero ya con referencia específica a la guerra, la Constitución Gaudiun et spes del Concilio Vaticano II, n 79, luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y de sus principios fundamentales, proclamados cada vez con mayor firmeza por la conciencia del género humano, expresa que : '... Los actos, que se oponen deliberadamente a tales principios, y las órdenes que mandan tales actos, son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan...'" (consid. 33).

> ***Es razonable pensar que un juez de un tribunal internacional que juzgara los hechos que aquí se investigan o de un tribunal nacional que tomara intervención en virtud de ejercer jurisdicción extraterritorial, consideraría inválidas e inoponibles a las leyes argentinas de impunidad.***

"Que los lineamientos de la escolástica cristiana y de la tradición jurídica formada a su amparo, han sido prolongados en el derecho penal liberal. Este, acentuando el valor de la responsabilidad personal, no privilegia la distinción objetiva entre los delitos atroces –no excusables por la obediencia– y delitos leves, que sí lo son, y da preferencia a la idea ya puesta de manifiesto en algunos autores del derecho antiguo mencionados [....] según la cual interesa, ante todo, el conocimiento que del carácter delictivo de la acción ordenada tuviere el subordinado" (consid. 34).

"Que los horrores de la Segunda Guerra Mundial y también de la del Vietnam, dieron lugar a una importante actividad jurisprudencial acerca de la obediencia militar: [cita aquí y desarrolla el contenido de los siguientes juicios: a) Tribunal Militar de los Estados Unidos con sede en Nüremberg; b) Comisión Militar de los Estados



Policlínico Posadas, otro lugar de tormentos y muertes crueles.

Unidos –Caso del Atolón de Jaluit, 1945–; c) Corte de Distrito de Jerusalem, Caso Eichmann, 1961; d) Corte Suprema de Israel, 1962; e) Instrucciones del Juez Militar en el caso Calley, 1971; f) Tribunal Supremo Alemán, Sala Penal, (1952) BGH st. 2,234; g) Sentencia del Tribunal Supremo Alemán del 22 de noviembre de 1952 (BGH st. 2,251)". En todos ellos, se rechazó la defensa basada en el argumento de la obediencia debida dado el carácter manifiestamente ilegal de los actos que se les atribuía a los acusados.

A continuación, el Dr. Bacqué sintetiza los criterios que sobre el punto se mantuvieron desde los inicios de nuestra Nación.

Entre los antecedentes que cita se encuentra la opinión del senador Vega al discutirse el contenido de la ley n 182 que sancionaba penalmente a quienes ejecutaban un arresto o prisión sin orden escrita. En el debate, llevado a cabo el día 2 de julio de 1863, expresaba el nombrado: "'supongamos que un jefe de policía manda dar muerte a un ciudadano. Yo pregunto si los ejecutores de esta orden, son o no responsables del asesinato; indudablemente que sí, porque los ejecutores de la orden deben saber que su superior, el jefe de policía no tiene facultad para expedir órdenes de semejante carácter...'", y agregaba: "'Para esto no creo que sea necesario tener perfecto conocimiento del derecho, sino basta comprender los deberes inherentes al cargo que se ejerce, basta que el funcionario sepa que no debe obedecer a ciegas a su superior; basta que sepan los vigilantes que no son viles esbirros del poder absoluto...'" (consid. 37).

Continúa el juez: "La entera tradición de la jurisprudencia humanística y del liberalismo está sintetizada en el expresivo dictamen del Procurador General, doctor Francisco Pico en el caso de Fallos: 5, p. 181 (Ps. 188/192) que la Corte Suprema hizo suyo y que se transcribe: ' La orden deun superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado esa orden, y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, si el acto es contrario a la ley, y constituye en sí mismo un crimen

"'¿Por qué?– Porque el hombre es un ser dotado de voluntad y discernimiento: no es un instrumento ciego e insensible.

"'Él no debe obediencia a sus superiores, sino en la esfera de las facultades que estos tienen.

[...].

"'Esta es la doctrina uniforme de los jurisconsultos, conforme la disposición de la ley 5, Tít. 15, parte 1a." (Idem).

Luego de recordar otros antecedentes nacionales, Bacqué concluye en el considerando 38: "En fin, quede en claro que la obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente. Como la función de la Corte Suprema es aplicar la Constitución, la hermenéutica que realice de las normas sobre obediencia militar no podrá ser ajena ni a los principios republicanos y democráticos, ni a la tradición jurídica milenaria que también en esta materia delicada postula, ante todo, el reconocimiento en el subordinado de su calidad de ser razonable, y por ello le exige que así se comporte, no excusándolo con pretextos que denigran la calidad de ciudadanos que necesariamente poseen en una República quienes deben dedicarse a la honrosa profesión de las armas". En igual sentido, al analizar los hechos del caso, agrega que "...cuando se está en presencia de delitos como los cometidos por el recurrente, la gravedad y manifiesta ilegalidad de tales hechos determinan que, como lo demuestran los antecedentes históricos a los que se hiciera referencia anteriormente, resulte absolutamente incompatible con los más elementales principios ético–jurídicos sostener que en virtud de la obediencia debida se excluye la antijuridicidad de la conducta, o bien el reproche penal por el ilícito cometido" (consid. 45).

Teniendo en cuenta, entonces, la doctrina que emerge de esta larga tradición jurídica de alcance universal en la que se inscribe nuestro sistema jurídico y la filosofía liberal que lo sostiene, queda claro que, al extender el alcance de la "obediencia debida" a niveles propios de la "obediencia ciega" a órdenes superiores, incluso cuando estas órdenes (presumidas por la ley sin admitir prueba en contrario) versen sobre hechos manifiestamente ilegales y, más aun, a hechos atroces y aberrantes, como los cometidos en el marco del sistema clandestino de represión (1976-1983), la ley 23.521 quiebra notablemente esa tradición jurídica milenaria y se aleja de modo grave de los principios filosóficos que, inspirados en la necesaria libertad del hombre, constituyen los cimientos de nuestra cultura y de nuestro sistema republicano.

De este modo, la ley 23.521 impone a los jueces que tienen el conocimiento de causas donde se investigan conductas que integraron la práctica represiva sostenida por el gobierno de facto (1976–1983), no sólo una determinada "realidad" creada por la ley al margen de las pruebas que pudieran existir sobre los hechos, sino, además, una determinada valoración jurídica de esos hechos (que la ley presume jure et de jure), según la cual las conductas señaladas están amparadas por la "obediencia debida", sin importar los límites que a dicha eximente se le reconocen desde tiempos previos a la Edad Media y por la jurisprudencia y la legislación nacional.

Es por ello que, dado que impone hechos y derecho, no puede extrañar que se haya calificado a la ley 23.521 como una invasión de la esfera propia del Poder Judicial.

Así lo entendió el Dr. Julio B.J. Maier cuando sostuvo que la ley de Obediencia debida implicaba una "...injerencia ilegítima del Congreso de la Nación en las facultades propias del Poder Judicial" dado que sólo se refería a hechos pasados y sólo podía ser entendida como una ordendirigida a los jueces ("Desobediencia Debida", en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 241 y 242).

A su vez, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, en la misma dirección afirmó "...la ley da por existentes, en cada uno de los casos que puedan presentarse, hechos esenciales para la configuración de la eximente, o sea, los presume sin admitir prueba en contrario, cuando sabido es que determinar los hechos en los casos concretos que se controviertan es cometido, no del legislador, sino de los jueces, que no puede efectuarse en la ley sino en la sentencia. Lo cual equivale a decir que, al dictar la ley 23.521, el legislador se ha subrogado

> ***Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación.***

al juez, ha invadido sus atribuciones específicas, viola con ello la forma republicana de gobierno consagrada en el art. 1 de la Constitución y es, por ende, inconstitucional" (cfr. op cit., p. 529).

Por su parte, Marcelo Sancinetti expresó que la presunción absoluta consagrada en la ley 23.521 "...significa imponerle a los jueces una única y determinada manera de establecer la situación de hecho de los delitos que se hallaban bajo su conocimiento, y una única y determinada manera, también, de interpretar la ley aplicable. Ello significó –más allá de la gravedad valorativa que tiene el contenido de la ley– una violación manifiesta al principio de la división de poderes, que constituye, como ha dicho la Corte desde el tomo 1 de su colección de fallos, un 'principio fundamental de nuestro sistema político', según el cual las atribuciones de cada poder 'le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno'" (cfr. "Derechos Humanos...", cit, p. 130/1).

Para Sancinetti la ley constituyó "...una arrogación de facultades judiciales (violación de la división de poderes), pero mediante el dictado de una sentencia (dictada por el parlamento) cuyo contenido no habría podido ser válido en ninguna sentencia judicial" (Cfr. "El derecho penal en protección de los derechos humanos", cit., p. 339).

Agrega este destacado jurista que la ley 23.521 "...se trataba de la declaración, por una ley del Congreso Nacional, de que los subalternos que hubieran cometido cualquier acto, incluso contra la vida y la integridad corporal, ejecuciones por causas políticas y torturas, habían actuado de modo irreprochable, una declaración que quizá represente un hecho único en la historia de las democracias modernas" (Ibídem, p. 338).

E) Las leyes de "punto final" y de "obediencia debida" como leyes que impiden la persecución penal

No todos los análisis que se han efectuado con relación a la ley 23.521 se han detenido en el modo en que dicha norma está concebida, esto es como un juicio del legislador acerca de la determinación de los hechos y del derecho aplicable, sino que el centro de la atención se ha puesto en la declaración de no punibilidad que en ella se hace. Desde este punto de vista, si se reconoce al Congreso Nacional la facultad de declarar la no punibilidad de hechos pasados, la cuestión del juicio de hecho y de derecho que se hace en la ley 23.521 podría intentar verse como un defecto de implementación, un error de técnica legislativa, o bien una argumentación impropia y hasta innecesaria.

Así la "ley de obediencia debida" podría verse como una amnistía o como el ejercicio de una facultad de derogar o modificar las leyes penales que compete a la legislatura nacional.

De estas posturas, tal vez la que pueda ser sostenida con mayor fundamento sea la que entiende que el Congreso de la Nación al dictar la ley 23.521 concedió una amnistía general en los términos del art. 67, inc. 17 de la Constitución Nacional (actual art. 75, inc. 20). Ello dado que la única facultad que parece tener el Poder Legislativo para eliminar lapunibilidad de hechos ya acaecidos es, precisamente, la de conceder amnistías generales. Teniendo en cuenta entonces el órgano del que emana la norma, la circunstancia de referirse a hechos pasados y el efecto que pretende producir la ley (eliminar su punibilidad), la disposición legislativa aludida se asemeja a una ley de amnistía.

Las facultades de derogar o modificar las normas penales se ejercen con relación a conductas futuras. Si, en ciertos supuestos, sus efectos también alcanzan a hechos pasados, ello es sólo por la extensión que de dichos efectos se hace en virtud de algún principio especial como el que impone la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. Este, sin embargo, no es el caso dado que la ley 23.521 está concebida única y exclusivamente para hechos pasados.

Claro que también se han expresado objeciones importantes para contradecir que la ley 23.521 sea propiamente una amnistía general. En especial, se ha cuestionado que pueda entenderse como general a una norma que no comprende a todos los que hubiesen intervenido en los hechos sino a un grupo de personas definido por su pertenencia a las fuerzas armadas o de seguridad y, no a todas las personas que las integraban, sino a quienes revestían ciertos grados en la escala jerárquica. No comprende, por tanto, ni a personas ajenas a esas fuerzas que hubiesen participado en los hechos ni a los integrantes que tuvieran grados superiores a los mencionados en la ley.

Esta discusión nos llevaría nuevamente a la cuestión de cómo puede ser clasificada la ley 23.521. Como ya se ha dicho más arriba, quizá ninguna norma ha planteado tantas dificultades para encuadrarla dentro de una categoría o de una tipología posible de normas. Sin duda, quien quiera agotar la cuestión clasificatoria o de la "naturaleza jurídica" de esta norma ingresará en senderos tortuosos y, tal vez, luego de fatigarse deba concluir en que la ley en cuestión no puede ser ubicada en ninguno de los casilleros que ofrece la ortodoxia.

Sin embargo, a los efectos del tratamiento de la validez jurídica de las leyes 23.492 y 23.521 que a continuación se efectuará es suficiente tomar a dichas normas por sus efectos directos o inmediatos, esto es, la imposibilidad de llevar a cabo investigaciones penales respecto de la gran mayoría de los hechos cometidos en el marco del sistema clandestino de represión (1976–1983) y la impunidad de los autores y partícipes en tales hechos. En consecuencia, teniendo en cuenta sus efectos concretos bien puede considerarse a las dos normas mencionadas como **leyes de impunidad**.

Como se ha visto más arriba, en el marco de tal sistema clandestino de represión se cometieron crímenes contra la humanidad o, dicho de un modo más general, crímenes contra el derecho de gentes. Tales crímenes estarían alcanzados por las leyes de "punto final" y "obediencia debida" dado que en sus textos no se realiza ninguna excepción referida a los crímenes contra el derecho de gentes, situación que impide interpretar razonablemente a esas normas como excluyendo de sus efectos a los crímenes de esa laya. Esta circunstancia impone analizar la validez jurídica de las leyes en examen, a la luz de las reglas y principios jurídicos que la comunidad internacional ha elaborado en torno a los crímenes contra en derecho de gentes (reseñados anteriormente) y a la luz de las obligaciones contraídas por nuestro país en virtud de la celebración de tratados internacionales.

VI. LAS LEYES 23.492 Y 23.521 FRENTE A LA OBLIGACION DE INVESTIGAR Y SANCIONAR PENALMENTE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

La obligación de perseguir y sancionar penalmente a los autores de los crímenes contra la humanidad y las graves violaciones a los derechoshumanos surge para nuestro país de los compromisos asumidos al integrarse a la comunidad internacional de Naciones. Esta obligación encuentra diversas fuentes; por un lado, las derivadas del derecho internacional general y, por otro, las contraídas mediante la celebración de pactos internacionales.

Con relación a las primeras, ya han sido mencionadas en el Capítulo III algunas de las fuentes de las que se derivan las reglas y principios que,

> ***La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos, genera responsabilidad para el Estado."***

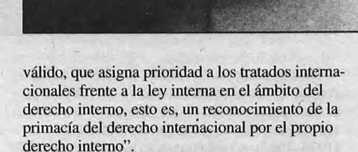
en el ámbito del derecho de gentes, se han definido respecto de la persecución de los crímenes contra la humanidad (para un desarrollo de la obligación de investigar y sancionar como norma del derecho internacional general, ver Ambos, Kai, "Impunidad y Derecho Penal Internacional", Fundación Konrad Adenauer, Medellín, Colombia, 1997, p. 248 y ss.).

Así se ha visto que las conductas que se definen como crímenes contra el derecho de gentes (crímenes de derecho internacional) afectan de modo equivalente a toda la humanidad y, en consecuencia, todos los estados que integran la comunidad internacional tienen un interés equivalente en que sean investigados y sus autores juzgados y sancionados penalmente.

Este interés común en la prohibición, juzgamiento y sanción penal ha dado lugar a que se estableciera como uno de los principios atinentes a los crímenes contra la humanidad, el de la obligación de perseguir y sancionar penalmente a los autores de tales crímenes.

Tal principio, junto con la regla de la jurisdicción universal y con el compromiso de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare) a los acusados de tales crímenes, tienden a asegurar la inexorabilidad del juzgamiento y sanción penal a los culpables.

Es claro que la conducta de un estado que inte-



El altillo de la ESMA, uno de los principales centros de tortura.

gra la comunidad internacional que asume esos principios como vinculantes para todos sus miembros, debe estar acorde con ellos. En consecuencia, el estado en cuyo territorio se cometan crímenes contra la humanidad, debe investigarlos y sancionar a sus autores, no sólo en virtud de un interés propio, sino como realización del interés de la comunidad internacional. Obviamente, la decisión de ese estado de consagrar la impunidad de esos crímenes contra la humanidad frustra las expectativas que el conjunto de las naciones tiene en que tales crímenes sean investigados y sus autores sancionados.

Es que la comisión de crímenes contra la humanidad, por definición, es un asunto que trasciende el ámbito doméstico en el que hayan ocurrido. Al menos desde tiempos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional tiene establecido que "ya no existe el derecho natural de cada soberano de transformarse en un monstruo para con sus propios súbditos" (ver. Cap. III.d).

El concepto de soberanía que rigió desde la formación de los Estados Nacionales se ha visto transformado desde la consolidación del derecho internacional. "Si se parte del derecho internacional como un orden jurídico válido, entonces, el concepto de Estado no puede ser definido sin referencia al derecho internacional. Visto desde ese ángulo, el Estado es un orden jurídico parcial, relacionado inmediatamente con el derecho internacional, relativamente centralizado, con dominios de validez territorial y temporal delimitados por el derecho internacional y, en lo referente al dominio material de validez, con una pretensión de totalidad sólo restringida por la ingerencia del derecho internacional" (cfr., Kelsen, Hans, "Teoría pura del derecho", UNAM, México, 1979, p. 341).

El estado argentino, a través de su integración a la comunidad internacional, de su participación activa en sus organismos más relevantes, de la suscripción y aceptación de sus instrumentos jurídicos, se encuentra sometido a un orden jurídico del que, al menos en sus aspectos centrales, no puede sustraerse.Las leyes de "punto final" y "obediencia debida" están dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad. Sin embargo frente al derecho internacional son ineficaces.

Es razonable pensar que cualquier juez de un tribunal internacional que juzgara los hechos aquí se investigan o de un tribunal nacional que tomara intervención en virtud de ejercer su jurisdicción extraterritorial o universal, consideraría inválidas e inoponibles frente a crímenes contra la humanidad a las leyes argentinas de impunidad.

Así lo advierten Kai Ambos, Guido Ruegenberg y Jan Woischnik al analizar la viabilidad jurídica de que los tribunales alemanes juzguen los hechos cometidos en nuestro país en el marco de la represión sistemática (1976-1983). En el trabajo de esos juristas se analiza la incompatibilidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final frente al derecho internacional público, concluyendo en la ilegalidad internacional de tales disposiciones. En consecuencia, dado que el sistema jurídico alemán acepta los postulados del derecho internacional estos autores sostienen que "Sería entonces una contradicción sostener que los órganos de la administración de justicia alemana tengan la obligación de observar o de aplicar disposiciones contrarias al Derecho internacional público" (cfr. "Posibilidad...", op. cit, p. 465).

Podría pensarse que una decisión de este tipo se viera facilitada por el hecho de que para ese juez las leyes 23.492 y 23.521 son leyes extranjeras y no lo vinculan en tanto no integran el orden jurídico que deben aplicar.

En este sentido, parece más delicada la cuestión para un juez de la Nación Argentina dado que las leyes 23.492 y 23.521 son disposiciones dictadas por uno de los poderes constitucionales y sí integran el orden jurídico que debe aplicar.

De todos modos, como veremos a continuación, la invalidez de las leyes mencionadas se deriva sin dificultad de su oposición a normas positivas incluidas en tratados internacionales de los que Argentina forma parte.

A) La primacía de los tratados internacionales sobre las leyes nacionales

En lo que sigue se verá cómo las "leyes de punto final" y de "obediencia debida" son contrarias a diversas normas contenidas en tratados internacionales que ya estaban en vigor al momento de la sanción de las leyes cuestionadas.

Además de exponer las razones por las cuales debe arribarse a esa conclusión, deberá abordarse, necesariamente, la cuestión atinente a qué consecuencias normativas se derivan de esa contrariedad. Para ello será preciso considerar el problema de la jerarquía de las leyes y de los tratados dentro del sistema jurídico argentino.

Sobre el punto, cabe expresar que si bien la Constitución Nacional reformada en el año 1994 cerró definitivamente toda discusión posible al disponer expresamente que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22), ello ya había sido reconocido con anterioridad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El reconocimiento de la preminencia de los tratados sobre las leyes en la jurisprudencia del Alto Tribunal se inició al fallar en el caso "Miguel Angel Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich", al que en seguida se hará referencia.

En fallos anteriores la Corte había sostenido una postura diversa en los casos en los que tuvo que enfrentar un conflicto normativo entre un tratado y una ley.

En efecto, en el conocido caso "S.A. Martín & Cía. Ltda. v. Nación" (Fallos: 257:99) debió considerar la validez del decr.–ley 6575 (ley 14.467) que contradecía una disposición del Tratado Internacional Argentino–Brasileño, aprobado mediante la ley 12.688).En dicho precedente la Corte Suprema de nuestro país sostuvo que "...ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos –leyes y tratados– son igualmente calificados como 'ley suprema de la Nación', y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno" (consid. 6). Como corolario de esta interpretación, consideró que, en paridad de rango, debía regir el principio que establece que una norma posterior deroga a otra anterior contraria.

Sin embargo, al fallar en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (Fallos: 315:1492), así como en otros posteriores, la Corte expresó que sí existían fundamentos normativos para reconocerle a los tratados una ubicación jerárquica superior a las leyes. Dos fueron los argumentos. Ellos están expuestos en el voto de la mayoría. El resto de los votos no aborda la cuestión dado que los motivos en que se fundan no requerían decidir la cuestión.

El primero de los fundamentos para reconocer supremacía a los tratados por sobre las leyes se basa en la propia Constitución originaria (1853–1860) y es el siguiente: "Que un tratado

> ***"Lo que se denuncia como incompatible con la Convención son las consecuencias jurídicas de la Leyes y el Decreto respecto del derecho a garantías judiciales de las víctimas. Uno de los efectos de las medidas cuestionadas fue el de enervar el derecho de la víctimas."***

internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19 Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14 Constitución Nacional)" (consid. 17).

El segundo de los fundamentos está expuesto en el considerando siguiente: "Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno".

"Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'" (consid. 18).

Esta modificación del ordenamiento jurídico argentino, a partir de la entrada en vigor de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (27/1/80), impone que ante un conflicto normativo entre una ley y un tratado deba darse primacía a este último. En palabras de la Corte: "...la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimientodel tratado internacional en los términos del citado art. 27" (consid. 19).

La doctrina mencionada en último término, que se basa, como se ha visto, en la modificación producida en nuestro ordenamiento jurídico por la entrada en vigor de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados y, en particular, por la aplicación del art. 27 de dicho instrumento, ha sido reiterada invariablemente en fallos posteriores, como los dictados in re "Fibraca Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (sentencia del 7 de julio de 1993), "Hagelin, Ragnar v. Poder Ejecutivo Nacional sobre juicio de conocimiento" (sentencia del 22 de diciembre de 1993) y "Cafés La Virginia SA. sobre apelación (por denegación de repetición)" (sentencia del 10 de octubre de 1994).

De este último fallo cabe destacar el tratamiento que el Dr. Boggiano da a la cuestión de la supremacía de los tratados, que demuestra que en verdad nunca debió ponerse en duda la preminencia que debe otorgarse a los compromisos internacionales suscriptos contractualmente y la imposibilidad de alterarlos mediante una ley posterior.

Al parecer, los fundadores de nuestra organización institucional tenían claro que los tratados se celebran para ser cumplidos y que los compromisos que asume la Nación a través de sus representantes no pueden ser desconocidos o alterados unilateralmente.

En este sentido, Boggiano cita a Alberdi y recuerda un debate sostenido por los constituyentes provinciales y nacionales durante el año 1860, cuando se definió el texto de nuestra Constitución Nacional. La discusión giraba en torno a una cuestión de ciudadanía sobra la que ya existía un tratado celebrado con España firmado por la Confederación Argentina, cuando ésta no estaba integrada por la Provincia de Buenos Aires.

Teniendo en vista el tratado celebrado, el diputado provincial Mármol expresó: "Comprometida la Confederación actual en los efectos de ese tratado, el Congreso legislativo será impotente para salvarla de ellos, aun cuando pretendiese derogar con una ley la relativa a la ciudadanía, que ha sido elevada a categoría de compromiso internacional, y como tal fuera ya de las disposiciones ulteriores de un cuerpo legislativo, pues los tratados públicos no se modifican ni extinguen sino por el consentimiento de las partes contratantes, o por el cañón...'

"'Por la Constitución Federal, cada provincia reconoce como ley fundamental la Constitución, las leyes del Congreso y los tratados: ...en cuanto a los tratados, una vez comprometidas en su responsabilidad, ya no está en el Congreso ni en el derecho de la Nación el poder emanciparse de sus obligaciones;... Y cuando se ha dicho que estando el compromiso con la España basado en una ley del Congreso, derogada esa ley queda sin efecto la estipulación del tratado, se ha dicho una necedad o una mentira. El tratado ha levantado una ley ulterior a la categoría de ley pública; y esta clase de leyes ya no son derogables sino por el acuerdo de las dos soberanías contratantes'" (consid. 22).

En el voto citado se expresan las razones por las cuales es dable pensar que los representantes de la Confederación también entendían de ese modo a los compromisos asumidos por los tratados y se concluye que "...desde esta perspectiva cobra pleno sentido el mecanismo diseñado por el constituyente para la celebración de acuerdos internacionales, pues la complejidad de su articulación contribuye al mantenimiento de los vínculos asumidos" (consid. 23). A continuación, se recuerda la forma compleja establecida por la Constitución Nacional para la celebración de tratados y se reitera la doctrina ya expuesta por la mayoría de la Corte in re "Ekmekdjian" al expresarse que "La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso –o por cualquier otro acto interno de menor jerarquía normativa- violenta la distribución de competencias impuesta por la mismaConstitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado" (Idem).

También se insiste con la importancia que a los efectos de establecer la primacía de los tratados por sobre las leyes tiene la entrada en vigor de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, cuya aplicación "...impone a los órga-

> ***"Las Leyes N 23.492 y N 23.521 y el Decreto N 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".***

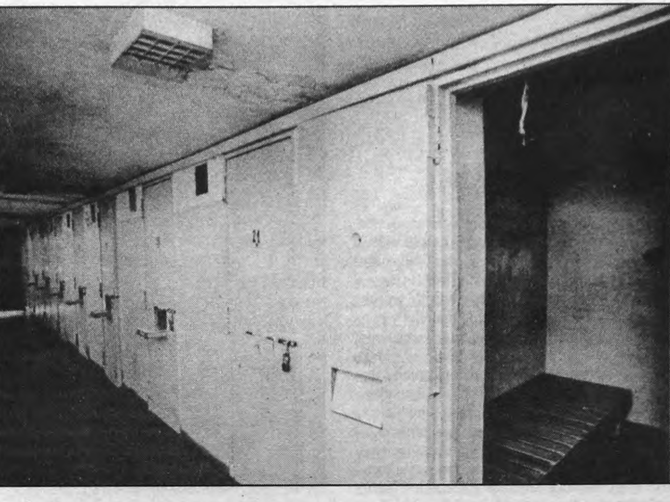
nos del Estado argentino dar prioridad a un tratado internacional ante un conflicto con una norma interna contraria que equivalga a su incumplimiento" (consid. 25).

De todo lo hasta aquí expuesto se deduce que los fundamentos normativos que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación para reconocer primacía a los tratados por sobre las normas internas se remiten, uno, a la Constitución originaria (argumento de la distribución de competencias para la celebración de tratados) y, otro, a la entrada en vigor, para el derecho interno argentino, de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que se remonta al 27 de enero de 1980.

En consecuencia, si bien la posibilidad de declarar la invalidez de una ley que sea incompatible con un tratado celebrado por nuestro país puede fundarse ya sobre la base de la Constitución originaria, tal posibilidad resulta indiscutible desde la entrada en vigor de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, esto es, el 27 de enero de 1980.

Lo dicho, implica que ya al momento de sancionarse las leyes 23.492 y 23.521 el orden jurídico argentino otorgaba primacía a los tratados por sobre las leyes del Congreso.

Ahora bien, a la fecha en que las leyes de "punto final" y "obediencia debida" fueron sancionadas ya se encontraban vigentes para nuestro



El corredor de celdas del pozo de Banfield.

país varios instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica.

B) Las leyes de Obediencia Debida y Punto Final frente a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos

En esta parte de la resolución corresponde establecer si las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" son compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también denominada "Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por el Congreso Nacional el 1 de marzo de 1984 mediante la ley 23.054).

Para evaluar el contenido y alcance de los deberes del estado que surgen de la Convención debe recurrirse a la jurisprudencia producida por el órgano máximo del sistema de protección regional de los derechos humanos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. La relevancia de la jurisprudencia de este tribunal no sólo surge de los propios términos de la Convención (artículos 62, 63 y 64) sino que dicha importancia ha sido puesta de manifiesto por nuestra propia CSJN en casos en los que debió analizar o aplicar normas del Pacto. Esta regla ha sido afirmada por este tribunal –entre otros– en el caso "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros": "... la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José" (considerando 21).

Teniendo en cuenta el contenido de las obligaciones para los estados surgen de la Convención, conforme el alcance que reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha atribuido a dicho instrumento internacional, cabe concluir, como se verá que las leyes de Obediencia Debida y Punto Final son incompatibles con varias de las obligaciones que el estado argentino asumió al integrarse al sistema de protección regional de los derechos humanos.A los efectos de comprender cabalmente el conjunto de obligaciones que se derivan de la vigencia de este tratado debe tenerse en cuenta, que como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que: "... los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (cfr. Opinión Consultiva OC– 2/82 del 24 de septiembre de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos").

Sentado ello, cabe referirse, en primer término, al llamado "deber de respeto y garantía". Estos deberes que deben observar los estados miembros con relación a los derechos protegidos en la Convención se derivan del contenido del artículo 1. Allí se establece: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

De lo establecido por este artículo se derivan dos clases de obligaciones para los estados: la de respetar los derechos humanos y la de garantizarlos.

La obligación de **respetar** los derechos humanos se traduce en el deber del estado de no menoscabar los derechos reconocidos por la Convención mediante el ejercicio del poder estatal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva (OC– 6/86) del 9 de mayo de 1986, sobre este punto en particular, estableció: "El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal" (del párrafo 21 de la citada opinión).

De lo expuesto se deriva que en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la idea de establecer un límite que restrinja el ejercicio del poder del Estado (así, Pinto, Mónica, "Temas...", ob. cit, p. 47). Esta noción comprende, por consiguiente, un deber negativo hacia el estado constituido por una suma de prohibiciones u obligaciones de no hacer (así Ferrante, "El derecho penal...", cit, p. 400).

El alcance de la obligación de **garantizar** el goce y ejercicio de los derechos humanos protegidos por la Convención –derivado del contenido del art. 1.1– ha sido precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios precedentes (se pueden citar aquí los casos: "Godínez Cruz", sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 173; "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988; "Caballero Delgado y Santana", sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafo 56; "El Amparo",sentencia del 14 de septiembre de 1996, párrafo 6 del voto del juez Cançado Trinidade; "Loayza Tamayo", sentencia del 17 de septiembre de 1997, punto dispositivo 3, entre otros).

Es de destacar aquí lo resuelto por la Corte con toda claridad en el ya citado caso "Velásquez Rodríguez" en el que se afirmó en punto al deber de garantía: "La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. **Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención** y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos

> ***"Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas."***

humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (de los párrafos 166 y 167).

Este pasaje permite deducir, sin realizar mayores esfuerzos, que las consecuencias que implican la asunción de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos son las de **prevenir**, **investigar** y **sancionar** todas las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención. Además, se afirma, con total nitidez que es el estado quien debe llevar adelante estas actividades asumiendo esta obligación como deber propio y no como un mero gestor de negocios de los afectados.

Concordantemente con lo expuesto, el citado tribunal en el caso "Godínez Cruz" aseveró: "El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención" (cfr. párrafo 173).

Sobre el deber de **prevención** (derivado del art. 1.1), la Corte, en el fallo "Velásquez Rodríguez" indicó: "El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte." (del párrafo 175).

También la Corte se pronunció sobre la obligación de **investigación** (igualmente derivada del art. 1.1) de toda violación a los derechos humanos. Sobre el particular sostuvo: "El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. [...] La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. **Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio** y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad" (de los párrafos 176 y 177, del caso "Velásquez Rodríguez", no destacado en el original).

El deber de **sancionar** toda violación a los derechos humanos es un deber que surge también del contenido del art. 1.1. de la CADH, fue puesto de manifiesto por la Corte Interamericana, entre otros, en el citado caso Velásquez Rodríguez (párrafo 166). Sobre la base de la reiterada e inequívoca jurisprudencia de la Corte Interamericana, en cuanto al deber de sancionar las violaciones a los derechos humanos, la Comisión Interamericana en el caso "Carmelo Soria Espinoza v. Chile" –caso 11.725, Informe Nro. 133/99 del 19 de noviembre de 1999– puso énfasis en la necesidad de llevar adelante investigaciones criminales.

En este caso, en el que se analizó la compatibilidad del decreto ley de amnistía 2191 de la República de Chile con la Convención Americana, se afirmó que la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos derivadas del art. 1.1 se debían realizar permitiendo a la víctima del delito el acceso a la justicia penal.

Así, la Comisión afirmó: "Esta posición se deriva, en gran medida, de la interpretación hecha por la Corte Interamericana con respecto a las consecuencias que tiene la violación, por parte de un Estado, de su deber de garantizar los derechos humanos, conforme al artículo 1(1) de la Convención. Como expresó la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez 'el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción *a fin de asegurar a la víctima una adecuada reparación*'. (El subrayado es nuestro) [...] Si bien el Estado tiene la obligación de suministrar recursos efectivos (artículo 25), los cuales deben ser 'substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal' (artículo 8(1), es importante señalar que en muchos de los sistemas de derecho penal de América Latina la víctima tiene el derecho de presentar cargos en una acción penal. En sistemas como el chileno, que lo permite, la víctima de un delito tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales. Ese derecho es esencial para impulsar el proceso penal. El decreto de amnistía claramente afectó en el presente caso el derecho de la víctima y sus familiares a obtener justicia mediante recursos efectivos en contra de los responsables de violaciones de sus derechos humanos. Aunque no fuese así, tratándose como en este caso de delitos de acción pública, esto es, perseguibles de oficio, **el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigarlos. Por lo cual, en todo caso el Estado chileno es titular de la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses de particulares o que dependa de la iniciativa de éstos o de la aportación de pruebas por parte de los mismos**" (de los párrafos 79 a 82, la negrita no corresponde al original).

Además del deber de garantía (que como vimos comprende la obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos) la Convención Americana impone a los estados parte la obligación positivade adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos. Así, en el artículo 2 se establece: "Si el ejercicio de los derechos y libertades

> ***El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas.***

mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Se entiende que esta disposición implica una obligación para el estado de revisar la legislación vigente para adecuarla a los compromisos asumidos, si fuere necesario adoptar las medidas necesarias para efectivizar la vigencia de derechos no reconocidos en el ámbito interno, y en su caso, **derogar** aquellas disposiciones que sean incompatibles con los tratados (cfr. Pinto, Mónica, "Temas...", cit., p. 50/1). Con esta obligación, va de suyo, que el estado no puede dictar leyes o medidas de otro carácter (p. ej. dictar resoluciones judiciales) contrarias al sistema de protección regional de los derechos humanos, de hacerlo se generará para el estado responsabilidad internacional.

Así, lo ha expresado la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC– 14/94 del 9 de diciembre de 1994, referida precisamente a la **"Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)"** (La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, del 28 de ma-



Una de las celdas de tortura del Policlínico Posadas.

yo de 1999): "La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra 'ley' en su sentido material y no formal. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. **Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención** [...] La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado"(el destacado me pertenece).

Con relación al dictado de disposiciones que contradigan el objeto y fin de la Convención las obligaciones para el estado no sólo alcanzan a los poderes legislativos, sino al conjunto de los órganos estatales. Así: "La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron" (OC, 14/94).

En consecuencia, conforme lo expuesto, la responsabilidad internacional surge para un estado no sólo con la actividad legislativa mediante la que se sanciona una ley manifiestamente violatoria de la Convención sino, también, con la aplicación de esa ley por parte de los restantes órganos del estado.

Estos poderes, cada uno en su esfera propia, deben adoptar las medidas necesarias para que los derechos y libertades reconocidos por laConvención puedan hacerse efectivos. Se entiende, de este modo, que para la Convención Americana los estados, lejos de constituir entes abstractos, son sujetos que deben realizar, con todos los medios institucionales a su disposición los mayores esfuerzos posibles para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

Al respecto, el juez de la Corte Interamericana Cançado Trinidade en el caso "Caballero Delgado y Santana" expresó: "Como estas normas convencionales vinculan a los Estados Partes –y no solamente a sus Gobiernos–, también los Poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial. En suma, las obligaciones internacionales de protección, que en su amplio alcance vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado, comprenden las que se dirigen a cada uno de los derechos protegidos, así como las obligaciones generales adicionales de respetar y garantizar éstos últimos, y de adecuar el derecho interno a las normas convencionales de protección, tomadas conjuntamente".

De este modo la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y el deber de adoptar medidas en el orden interno de cada estado para hacer efectivas las disposiciones del tratado, implica, para la República Argentina, un mandato que va dirigido hacia todos los poderes del Estado nacional: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial y Ministerio Público.

De acuerdo con lo expuesto, ninguno de los poderes del estado puede sustraerse de las obligaciones de respeto y garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los estados miembros.

En el caso que nos ocupa, entonces, me comprende, como juez de la Nación, el deber de determinar si alguno de los derechos o garantías previstos por la Convención han sido vulnerados por la sanción de las leyes 23.492 y 23.521 y si la aplicación de esas disposiciones legislativas a este caso concreto implicaría una nueva violación de la Convención.

Por consiguiente, es un deber inexcusable en este caso evaluar, en primer término, si existe alguna contradicción normativa entre las leyes 23.492 y 23.521 y la Convención Americana sobre derechos humanos.

A tal fin, y dado que ya existe una opinión al respecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se expondrá el análisis efectuado por este organismo con relación al tema que nos atañe.

La compatibilidad de las leyes de "Punto Final", "Obediencia Debida" y del decreto de indulto 1002/89, con la Convención Americana de Derechos Humanos fue analizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el "Informe Nro. 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina" del 2 de octubre de 1992.

En dicha oportunidad la Comisión sostuvo que las normas referidas eran incompatibles con varias disposiciones que integran el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por su trascendencia y por su claridad se citarán los pasajes más relevantes.

"En consecuencia, la cuestión ante esta Comisión es la de la compatibilidad de las Leyes y el Decreto con la Convención. [...].

"B. *Con respecto a las garantías judiciales*

"El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores;e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos.

> ***"El Comité observa con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura."***

"Lo que se denuncia como incompatible con la Convención son las consecuencias jurídicas de la Leyes y el Decreto respecto del derecho a garantías judiciales de las víctimas. Uno de los efectos de las medidas cuestionadas fue el de enervar el derecho de la víctima a demandar en la jurisdicción criminal a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. En efecto, en buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal.

"En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal.

"La cuestión de si los derechos de la víctima o sus familiares, garantizado por la legislación interna, se halla amparado por el derecho internacional de los derechos humanos, conlleva determinar: **a**. Si esos derechos consagrados en la Constitución y las leyes de ese Estado en el momento de ocurridas las violaciones, adquirieron protección internacional mediante la posterior ratificación de la Convención y, por ende, **b**. si es posible abrogarlos absolutamente mediante la promulgación ulterior de una ley especial, sin violar la Convención o la Declaración Americana.

"El artículo 1.1 de la Convención obliga a los Estados partes 'a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...'.

"Las Leyes y el Decreto buscaron y, en efecto, impidieron el ejercicio del derecho de los peticionarios emanado del artículo 8.1 citado. Con la sanción y aplicación de las Leyes y el Decreto, Argentina ha faltado a su obligación de garantizar los derechos a que se refiere el artículo 8.1, ha vulnerado esos derechos y violado la Convención.

"C. Con respecto al derecho a la protección judicial

"El artículo 25.2 dispone: Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

"Con la aprobación de las Leyes y el Decreto, Argentina ha faltado a la obligación de garantizar los derechos consagrados en el artículo 25.1 y ha violado la Convención.

"D. *Con respecto a la obligación de investigar*

"Al interpretar el alcance del artículo 1.1, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que ''la segunda obligación de los Estados partes es la de `garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.... Como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar toda violación* de los derechos reconocidos por la Convención...'' Corte I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 172.

"La Corte amplía ese concepto en varios párrafos siguientes de la misma sentencia, por ejemplo: 'Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el *apoyo o la tolerancia del poder público* o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o *impunemente' Ibíd.*, párrafo 173.. 'El Estado está en el *deber jurídico* de prevenir, razonablemente, las violaciones de losderechos humanos, de *investigar seriamente* con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de *identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes* y de asegurar a la víctima una adecuada reparación' *Ibíd.*, párrafo 174.; '...si el *aparato del Estado* actúa de modo que tal *violación quede impune* y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima la plenitud de sus derechos, *puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas* sujetas a su jurisdicción' *Ibíd.*, párrafo 176.. Con respecto a la obligación de investigar señala que "... debe tener sentido y ser *asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares* que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que *la autoridad pública busque efectivamente la verdad...' Ibíd.*, párrafo 177.. (Subrayados añadidos por la Comisión).

"Con la sanción de las Leyes y Decreto, Argentina ha faltado al cumplimiento de su obligación que emana del artículo 1.1 y ha violado los derechos de los peticionarios que la Convención les acuerda".

Antes de expresar sus conclusiones finales, la Comisión creyó necesario aclarar que "...la materia de los casos objeto del presente informe debe ser distinguida del tema de las compensaciones económicas por daños y perjuicios causados por el Estado".

En este sentido, precisó que "...uno de los hechos denunciados consiste en el efecto jurídico de la sanción de las Leyes y el Decreto, en tanto en cuanto privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos. En consecuencia, se denuncia como incompatible con la Convención la violación de la garantías judiciales (artículo 8) y del derecho de protección judicial (artículo 25), en relación con la obligación para los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (artículo 1.1 de la Convención). Estos hechos se produjeron con la sanción de la medidas cuestionadas, en 1986, 1987 y 1989, con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para Argentina en 1984.

"En cambio, la cuestión de la compensación económica –a la que tienen derecho los reclamantes– se refiere a la reparación en sí por las *violaciones originarias o sustantivas* que tuvieron lugar en su mayoría, durante la década de los setenta, antes de la ratificación de la Convención por Argentina y de la sanción de las Leyes y Decreto denunciados".

Por lo tanto, la Comisión indicó que "Si bien ambas cuestiones (la denegación de justicia por la cancelación de los procesos criminales y la compensación indemnizatoria por violación al derecho a la vida, integridad física y libertad) están estrechamente relacionadas, es preciso no confundirlas en tanto quejas materialmente diferentes. Cada una de las cuestiones denuncia un hecho diferente, que tuvo lugar en tiempos diversos y que afectan derechos o disposiciones también distintas de la Convención".

Hecha esta salvedad, la Comisión concluyó que "**las Leyes N 23.492 y N 23.521 y el Decreto N 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**".

> ***Argentina, al momento de sanción de las leyes ya había realizado todos los actos institucionales necesarios para manifestar su completa adhesión a la Convención, cuyos principios y regla son incompatibles con la actitud de impedir las investigaciones.***

Además de esta categórica observación, la Comisión recomendó al Gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".Las conclusiones de la Comisión interamericana no dejan lugar a dudas: Las leyes 23.492 y 23.521 resultan contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sobre la fuerza obligatoria de la Declaración Americana, ver caso "Baby Boy", Resolución n 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 21/41 del 6 de marzo de 1981).

Cabe destacar que la doctrina de la Corte y de la Comisión que fuera reseñada en los párrafos precedentes, y que diera sustento al pronunciamiento de la Comisión Interamericana relativo a las leyes 23.492 y 23.521 y el decreto 1002/89 (Informe 28/92, ya citado), fue mantenida en forma constante en los casos posteriores, con lo que se ha consolidado notablemente.

En tal sentido, puede citarse el caso "Carmelo Soria Espinoza" en el que la Comisión Interamericana realizó consideraciones plenamente aplicables al caso argentino. La propia Comisión advirtió la equivalencia entre ambos casos: "Algunos Estados, en busca de mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, han recurrido al dictado

de leyes de amnistía que han desamparado a las víctimas de serias violaciones a los derechos humanos, privándolas del derecho a acceder a la justicia. La adopción y aplicación de este tipo de normas es incompatible con las obligaciones asumidas en virtud de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana. La compatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana ha sido examinada por la Comisión en varias oportunidades en el contexto de la decisión de casos individuales. La normativa examinada amparaba con la impunidad serias violaciones de derechos humanos cometidas contra personas sujetas a la jurisdicción del Estado parte de que se tratara" (de los párrafos 64 y 65, en la nota al pie de página Nro.16, integrante del considerando 64, la Corte cita al caso "CIDH, Informe 28/92, Argentina").

La analogía debe completarse también con el objeto material que la Comisión trató en el caso "Carmelo Soria Espinoza", esto es, la compatibilidad de una "ley de amnistía" (relativa a hechos llevados a cabo durante el último régimen de facto que gobernó en Chile) con los derechos reconocidos por la Convención en los artículos 8 y 25.

En cuando a la tutela del derecho a protección judicial (Art. 25 CADH) la Comisión indicó: "En el presente caso, el Decreto Ley de autoamnistía y su aplicación por la Corte Suprema de Chile tuvo por efecto impedir el acceso de los familiares de la víctima al recurso efectivo para la protección de sus derechos que dispone el artículo 25 de la Convención Americana. En efecto, mediante estos actos legislativos y judiciales el Estado renunció a sancionar los delitos graves cometidos contra Carmelo Soria, que violaron al menos sus derechos a la vida, a la libertad y la integridad física y moral consagrados en la Convención Americana (artículos 4, 5 y 7) . Además, por la manera como fue aplicado el decreto por los tribunales chilenos, no solamente impidió sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera dirigida en contra de los responsables de forma que, legalmente, éstos han sido jurídicamente considerados como inocentes. El Decreto Ley de amnistía dio lugar así a una ineficacia jurídica de los delitos y dejó a la víctima y a su familia sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiese juzgar y sancionar debidamente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas contra Carmelo Soria durante la dictadura militar. En consecuencia, al promulgar y hacer cumplir el Decreto Ley 2.191, el Estado chileno dejó de garantizar los derechos a la protección judicial consagrados en el artículo 25 de la Convención, y violó de esta forma el derecho humano correspondiente de Carmelo Soria Espinoza y sus familiares" (de los párrafos 89 a 91).

Como puede observarse, la Comisión, en consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 14/94 ("Responsabilidadinternacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención", ya citada) recalcó en el caso "Carmelo Soria" que la violación a la Convención que produce una ley manifiestamente contraria al contenido de dicho instrumento internacional, está dada no sólo por la expedición y vigencia de esa ley sino también por su aplicación por los órganos judiciales.

En el caso citado, se estableció, asimismo, con relación al ejercicio de las garantías judiciales (Art. 8 CADH) que: "Si bien el Estado tiene la obligación de suministrar recursos efectivos (artículo 25), los cuales deben ser "substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal" (artículo 8(1), es importante señalar que en muchos de los sistemas de derecho penal de América Latina la víctima tiene el derecho de presentar cargos en una acción penal. En sistemas como el chileno, que lo permite, la víctima de un delito tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales. Ese derecho es esencial para impulsar el proceso penal. El decreto de amnistía claramente afectó en el presente caso el derecho de la víctima y sus familiares a obtener justicia mediante recursos efectivos en contra de los responsables de violaciones de sus derechos humanos. Aunque no fuese así, tratándose como en este caso de delitos de acción pública, esto es, perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigarlos. Por lo cual, en todo caso el Estado chileno es titular de la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses de particulares o que dependa de la iniciativa de éstos o de la aportación de pruebas por parte de los mismos." (de los párrafos 81 y 82).

Sobre la necesidad de aplicar el derecho penal como herramienta para lograr la **efectiva realización** de los derechos humanos, la Comisión categóricamente manifestó: "Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un **elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas**. Una cabal protección de los derechos humanos sólo es concebible en un real Estado de derecho. Y un estado de derecho supone el sometimiento de todos los ciudadanos a la ley y a los tribunales de justicia, lo que envuelve la aplicación de sanciones previstas en la legislación penal, igual para todos, a los transgresores de las normas que cautelan el respeto a los derechos humanos" (del párrafo 104, destacado en el original).

De acuerdo con todo lo expuesta hasta aquí, no hay duda de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al estado argentino el deber de investigar y penalizar las violaciones a los derechos humanos.

Tal como se deduce claramente de la doctrina de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos el estado argentino debe llevar adelante **investigaciones penales** con el objeto de que las violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo durante el gobierno de facto que usurpó el poder entre 1976 y 1983 sean **sancionadas penalmente**.

En consecuencia, la sanción y la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impiden llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el gobierno de facto (1976–1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, son violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la sanción y vigencia de las leyes en cuestión afectan, como claramente lo expuso la Comisión Interamericana en el Informe 28/92referido a nuestro país, el derecho de toda persona de acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos (art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y arts. 8 y 25 de la CADH).

Con relación a ello, resulta evidente que, si

Difícilmente puede haber un ejemplo más claro de lo que el Art. 29 quiere evitar al condenar la suma del poder público, el ejercicio de facultades extraordinarias y "actos de esta naturaleza" que el terrorismo de estado instalado por el régimen de facto (1976–1983).

bien la legislación dictada al momento de ordenarse los juicios por las violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país entre 1976 y 1983 fue ciertamente restrictiva para el ejercicio de facultades judiciales por parte de los damnificados por la práctica represiva, las leyes 23.492 y 23.521 conculcaron toda posibilidad de ejercer ese derecho.

En efecto, el artículo 9 de la ley 23.049 (que introdujo modificaciones al Código de Justicia Militar) estableció que la persona particularmente ofendida por el delito y los parientes (en los casos de homicidio o privación ilegal de libertad no concluida) se podían presentar ante el tribunal militar a los efectos de indicar medidas de prueba, solicitar que se notifique la sentencia a los efectos de interponer un recurso contra ella y solicitar que se notifique la radicación de la causa ante la Cámara Federal (art. 100 bis CJM).

Más allá del acierto o error, que en términos de política de persecución estatal podía implicar el art. 100 bis del Código de Justicia Militar, en términos del derecho de acceso a la justicia implicaba una fuerte limitación. Hasta ese punto, se podría discutir o polemizar si dicha limitación resultaba adecuada con el texto del art. 30 de la Convención Americana que permite restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades por ella reconocidos. Dado que el art. 100 bis CJM no suprimía el derecho mencionado, podría llegar a entenderse que dicha limitación resultaba una reglamentación razonable de los derechos reconocidos en la Convención.

Como ha quedado demostrado, la posibilidad de los damnificados de acceder a la justicia para que se investiguen delitos cometidos por integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad del Estado se ve pulverizada por las disposiciones de las leyes 23.492 y 23.521. En tal sentido, se suprime la posibilidad de que un tribunal independiente e imparcial conozca sobre un caso de violación a los derechos humanos, lo que convierte a dichas leyes en ilícitos para el derecho derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con relación a esta cuestión caber recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva (OC– 6/86) del 9 de mayo de 1986 indicó: "El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es **ilícito todo acto orientado hacia la supresión** de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. [...] En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras 'al goce y ejercicio', clarificó conceptualmente la cuestión (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7–22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973, repr. 1978, esp. p. 274)".

El derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal imparcial para defender sus derechos constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se apoya el derecho de defensa en un estado democrático. Nuestra propia Constitución lo refleja inequívocamente en tanto reza en el artículo 18 que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El renunciamiento sin excepciones que implica la vigencia deestas leyes de impunidad para el derecho de acudir ante un tribunal, tal como lo sostuvo la Comisión, es contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; a la vez, convierte en parias de la justicia a los damnificados y a sus familias. Como parias, es decir, como personas excluidas de los beneficios de que gozan sus semejantes, los damnificados por las violaciones a los derechos humanos perpetradas por la última dictadura militar se han visto obligados a interponer sus reclamos ante tribunales ubicados fuera del territorio nacional, en atención a la nacionalidad de las víctimas o bien invocando el principio de jurisdicción universal que se torna aplicable a estos casos por tratarse de crímenes contra la humanidad. Ello no hace más que demostrar la situación en que se encuentra el sistema jurídico argentino a partir de la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521 y pone de manifiesto la necesidad de que el estado argentino cumpla con las obligaciones contractuales asumidas y otorgue la posibilidad de que los damnificados por las violaciones a los derechos humanos perpetradas por la última dictadura militar accedan, sin cortapisas, a los tribunales argentinos para que el aparato judicial atienda sus reclamos.

Verificado entonces que la sanción y vigencia de las leyes 23.492 y 23.521 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se impone declararlas inválidas.

Tal solución es la que permite hacer efectivos los derechos y garantías conculcados por dichas leyes a los damnificados por el terrorismo de estado (1976–1983) y es la que posibilita que el estado argentino cumpla con las obligaciones que asumió al integrarse al sistema regional de protección a los derechos humanos.

C) Las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" frente al "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"

El "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1966 y fue aprobado por el Congreso de la Nación el 17 de abril de 1986 mediante la ley 23.313. Entró en vigor para nuestro país el 8 de noviembre de 1986.

Entre sus cláusulas centrales encontramos a las obligaciones impuestas en el artículo 2 que establece: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales".

Como se advierte, el contenido de las obligaciones impuestas por este pacto es prácticamente idéntico al contenido de las obligaciones impuestas por la Convención Americana de Derechos Humanos. Se establece, entonces, en este tratado la doble obligación para el estado de respetar y garantizar los derechos reconocidos.Se obliga también al estado parte a dictar las disposiciones legislativas, administrativas o judiciales necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos, como así también, consecuentemente, el deber de no dictar disposiciones que frustren o menoscaben esos derechos.

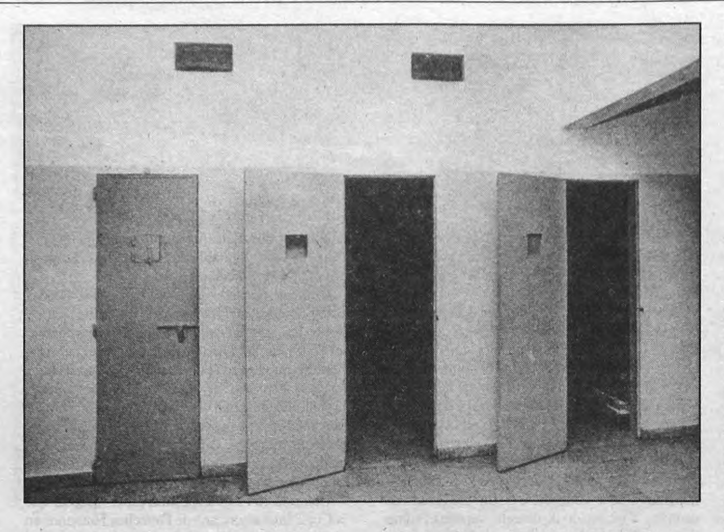
Esta restricción, que surge para la Convención Americana de la interpretación de su texto (arts. 29 y 30), tal como ha sido puesto de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opiniones Consultivas (OC– 6/86 y OC– 14/94), ya citadas, encuentra su correlato con lo previsto por los artículos 2 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En efecto, el artículo 5 reza: "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

Quienes hayan ejercido las facultades extraordinarias (o la suma del poder público) prohibidas por el artículo 29 de la Constitución Nacional no pueden ser amnistiados por una ley del Congreso en ejercicio de sus facultades legislativas comunes.

Dada esta correlación entre ambos tratados, no existe óbice para trasladar los razonamientos efectuados con relación a la Convención Americana, a la interpretación del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De este modo, debemos concluir que este tratado impone a los estados (a los efectos de hacer efectivo el deber de garantía) la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda posible violación a los derechos reconocidos en el Pacto.

El contenido de los derechos reconocidos en este tratado también es similar al de la Convención Americana. En tal sentido, en el artículo 6.1 se establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana; en el 7 que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; en el 9 que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta; que toda persona detenida será informada, en



Los tabiques de Coordinación, una central de crímenes horrendos.

el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella; en el 14 que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial; en el 17 que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, que toda persona tiene derecho a la protección de una ley contra esas injerencias o esos ataques, etc.

El contenido de estas obligaciones emergentes de la interpretación del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido puesto de manifiesto en el primer "General Coment" sobre el artículo 7 del Pacto producido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y fue repetido en numerosas decisiones sobre casos concretos (cfr. al respecto, Ambos, Kai, "Impunidad...", cit., p. 230/1).

En el "General Coment" Número 7 (DOC. ONU. CCPR/C/21/Rev. 1 del 19.5.1989) el Comité señaló: "... se deduce del artículo 7, leído conjuntamente con el artículo 2 del Convenio, que los Estados deben asegurar una protección efectiva a través de alguna maquinaria de control. Las quejas por mal trato deben ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes. Quienes sean culpables deben ser responsabilizados, y las víctimas deben tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendoel derecho a obtener una compensación" (traducción tomada de Ambos, Kai, op. y loc. cit.).

En síntesis, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone al estado argentino la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos humanos allí reconocidos.

La compatibilidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido analizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en oportunidad del análisis del segundo informe periódico producido por Argentina en virtud de lo establecido por el artículo 40 del Pacto.

En el Comentario adoptado durante la reunión 1411 (53 sesión) del 5 de abril de 1995 (ver. "Human Rights Committee, Comments on Argentina, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.46 [1995], en inglés el original) entre los factores y dificultades que afectan la implementación del Pacto, el Comité manifestó: "El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de Obediencia Debida y la ley de Punto Final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsecuentes con los requisitos del Pacto".

Entre sus "Principales Temas de Preocupación" el Comité incluyó: "El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las fuerzas de seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos".

En el capítulo denominado "Sugerencias y Recomendaciones" el Comité de Derechos Humanos de la ONU expresó: "El Comité insta al Estado parte a continuar las investigaciones acerca del destino de las personas desaparecidas, a completar urgentemente las investigaciones acerca de las denuncias de adopción ilegal de hijos/hijas de personas desaparecidas y a tomar acción apropiada. Además insta al Estado parte a investigar plenamente las revelaciones recientes de asesinatos y otros crímenes cometidos por los militares durante el período de gobierno militar y a actuar sobre la base de los resultados".

De acuerdo con la doctrina sentada por el Comité de Derechos Humanos en sus "General Coments" sobre la interpretación y alcance del artículo 2, con lo expuesto por el mismo organismo en el Comentario sobre Argentina producido en 1995 debemos concluir que las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" son contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dado que implican una valla que imposibilita llevar a cabo el cumplimiento del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por este tratado en los artículos 2 (2,3) y 9 (5).

Por lo tanto, dada esta contradicción estas leyes deben ser declaradas inválidas a la luz de lo estipulado por este tratado internacional.

D) Las leyes 23.492 y 23.521 frente a la Convención contra la Tortura

El Congreso Nacional mediante la ley 23.338 (del 30 de julio de 1986) aprobó el tratado multilateral denominado "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y que entrara en vigor el 26 de junio de 1987.

El contenido de las partes centrales de este tratado ya ha sido objeto de referencia en esta resolución en el capítulo III.

Cabe recordar que esta Convención no tuvo por objeto crear un crimen nuevo. Se partió de la base de que la tortura era ya un crimen ampliamente reconocido por el derecho de gentes. Este instrumento reiteró la prohibición de la tortura e insistió en la necesidad de que los responsables no queden sin sanción penal. En palabras de Burgers y Danelius, ya citadas más arriba: "...la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas arriba mencionadas ya están prohibidas bajo el derecho internacional. El principal objetivo de la Convención es fortalecer la prohibición existente de tales prácticas mediante una cantidad de medidas de apoyo" (Cfr. voto de Lord Millet, en "La Reina c/Evans...", fallo cit., p. 107).

Las consecuencias de estas leyes alcanzan los extremos que el art. 29 de la Constitución Nacional rechaza enfáticamente, por lo que, estas leyes denominadas "Ley de Punto Final" y "Ley de Obediencia Debida" carecen de efectos jurídicos: llevan consigo una nulidad insanable.

En el art. 1.1 se define a la tortura como todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Mediante este Tratado el estado argentino se obligó a tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otro carácter para impedir los actos de tortura dentro del territorio de la Nación (Artículo 2).

Continuando la tradición iniciada varias décadas antes, en la Convención se prohíben invocar circunstancias excepcionales (estado de guerra, inestabilidad política interna, etc.) como justificación de la tortura y la invocación de una orden de un funcionario superior o de una autoridad como eximente para este crimen.

Es de destacar aquí el singular comportamiento que tuvo el estado argentino con relación a la suscripción de este Tratado y la sanción de las leyes 23.492 y 23.521.

En efecto, la Convención fue suscripta en el año 1984; luego, mediante la ley 23.338 (del 30 de julio de 1986) el Congreso Nacional aprobó el tratado y el 24 de septiembre de 1986 el gobierno argentino depositó en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el instrumento de ratificación. Tanto la ley de "Punto Final" como la ley de "Obediencia Debida" fueron aprobadas con posterioridad a esas fechas: la ley 23.492 fue aprobada el 23 de diciembre de 1986 y la ley 23.521 fue aprobada el 4 de junio de 1987, es decir, aproximadamente dos semanas antes de la entrada en pleno vigor de la Convención.

Por estas particulares circunstancias es que Marcelo Sancinetti, señala que "...con la sanción de la ley 23.521, el Parlamento se volvió contra sus propios actos, y la Argentina se constituyó así en el primer Estado Parte que infringió los principios de la Convención" (cfr. "Derechos Humanos...", p. 127).

Dice Sancinetti que el Estado argentino infligió los principios y no la Convención misma ya que, como se señaló, el Tratado no se encontraba en pleno vigor, pero por haber sido suscrito y ratificado ya producía efectos como norma contractual de derecho internacional. Así, seguidamente destacó: "Esto no significa, sin embargo, que la Convención no surtiera yacientos efectos en el Derecho Internacional, aun antes de aquel término. En efecto, el Tratado de los tratados (Convención de Viena, 1969), establece en su art. 18: 'Un estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustraren el objeto y fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente'. Por consiguiente, desde el punto de vista del Tratado de los tratados, la Convención contra la tortura ya se hallaba vigente el tiempo de la sanción de la ley 23.521, ley que infringió así, también, el Derecho Internacional, aun cuando, a otros efectos, la Convención contra la tortura no se hallara plenamente vigente" –cursiva en el original–. (Sancinetti, Marcelo, op. y loc. cit.).

La contradicción de las leyes 23.492 y 23.521 con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura que señalaba Sancinetti, fue confirmada luego por el Comité contra la Tortura (ver. "Comunicaciones Nros. 1/1988; 2/1988 y 3/1988").

Estas comunicaciones fueron impulsadas por familiares de ciudadanos argentinos que fueron sometidos a torturas hasta la muerte por autoridades militares argentinas en junio, julio y noviembre de 1976. Los autores de las comunicaciones sostenían que la promulgación de la ley 23.521 y su consecuente aplicación legal a los casos de sus familiares constituían violaciones del estado argentino de la Convención contra la Tortura u otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.

Luego de analizar el contenido de la petición y la respuesta del estado argentino, el Comité declaró que el planteo era inadmisible ratione temporis dado que al momento de la sanción de la ley 23.521 la Convención contra la Tortura no se encontraba en pleno vigor.

Sin embargo, el Comité observó a la República Argentina, por un lado, que la prohibición de la tortura en el ámbito del derecho internacional databa de tiempos anteriores a la Convención y, por otro, indicó que la sanción de la ley de "obediencia debida" era "incompatible con el espíritu y los propósitos" del tratado.

Dijo el Comité: "Con respecto a la prohibición de la tortura, el Comité recuerda los principios del fallo del Tribunal Internacional de Nüremberg y se refiere al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituyen ambos normas de derecho internacional reconocidas por la mayor parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, entre ellos la Argentina. Por lo tanto, **ya antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impedir la tortura y para castigar su práctica.** Ahora bien, parece, que la Ley argentina Nro. 23521 sobre Obediencia Debida indulta a los reos de actos de tortura perpetrados durante la 'guerra sucia'".

El Comité concluyó su decisión con afirmando: "El Comité observa con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura y sólo 18 días antes de que esta Convención entrara en vigor. **El Comité considera que esto es incompatible con el espíritu y los propósitos de la Convención.** El Comité observa asimismo que de esta manera quedan sin castigo muchas personas que perpetraron actos de tortura, igual que los 39 oficiales militares de rango superior a los que el Presidente de la Argentina perdonó por Decretode 6 de octubre de 1989, cuando iban a ser juzgados por tribunales civiles" (sin negrita en el original).

Esta dura observación del Comité recuerda, entonces, algunos de los instrumentos fundantes del derecho penal internacional, en virtud de los cuales la tortura ya estaba reconocida como un crimen de derecho internacional y ya existía, antes de la Convención, una obligación para los estados de investigar toda acto de tortura oficial y de sancionar penalmente a los responsables.

Ciertamente, las leyes 23.492 y 23.521 frustran ese propósito toda vez que impiden investigar los hechos y dejan impunes a los responsables de actos de torturas. Resulta paradójico, asimismo, que la última la ley 23.521 se haya basado precisamente en la "obediencia debida", esto es, dándole relevancia a (supuestas) órdenes superiores como justificación de la tortura, contraviniendo de este modo lo que venía afirmándose claramente (al menos) desde Nüremberg en adelante.

Se indicó allí que la falta de vigencia del estado de derecho durante el período 1976/1983 en el que las Fuerzas Armadas tuvieron el control absoluto del poder tuvo como consecuencia el avasallamiento de todas las garantías individuales protegidas por la Constitución.

Dado que, como expresaban Burguers y Danelius, el propósito de la Convención no era crear un crimen nuevo ni introducir una novedad respecto de la necesidad de investigar y sancionar penalmente ni, tampoco, sentar un principio original con relación a la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad, sino **reforzar** todas estas reglas, es indudable que los actos legislativos sancionados por la República Argentina violaron el objeto y fin de la Convención, como lo señaló el Comité en su decisión.

Esta afirmación del Comité contra la Tortura acerca de que las leyes en análisis son incompatibles con el espíritu y los propósitos de la Convención implica observar el **incumplimiento de una obligación internacional del estado argentino**, cual es, la que surge del art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados según la cual todo estado debe abstenerse de realizar actos en virtud de los cuales se frustre el objeto y fin de un tratado luego de que lo haya firmado. Como ya ha sido dicho, la República Argentina no sólo había firmado la Convención mediante la intervención del Poder Ejecutivo sino que, a la fecha de las leyes, ya la había aprobado mediante un acto del Poder Legislativo (ley 23.338) e, incluso, la había ratificado (nuevamente mediante un acto del Poder Ejecutivo Nacional).

En otras palabras, la República Argentina, al momento de sanción de las leyes 23.492 y

23.521, ya había realizado todos los actos institucionales necesarios para manifestar su completa adhesión a la Convención contra la Tortura, cuyos principios y reglas, como se ha visto, son incompatibles con la actitud asumida luego al impedir las investigaciones penales y la imposición de una sanción penal a los autores de actos de tortura oficial. Claramente, entonces, las leyes 23.492 y 23.521 frustran el objeto y fin de la Convención e implican la violación de la obligación internacional establecida en el art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Cabe recordar que también los actos de los órganos judiciales pueden violar obligaciones asumidas por los estados y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional. Una situación de este tipo podría producirse si se aplicaran en este caso las leyes 23.492 y 23.521. De todos modos, tales efectos no se derivarán de la presente resolución dado que, por los que motivos que se vienen exponiendo en este Capítulo VI, las leyes serán declaradas inválidas.

VII. LA NULIDAD DE LAS LEYES DE OBEDIENCIA DEBIDA Y PUNTO FINAL (ART. 29 DE LA CONSTITUCION NACIONAL)

En la presentación que motiva esta resolución el CELS afirmó que el Artículo 29 de la Constitución Nacional prescribe la nulidad insanable de los actos o disposiciones que impliquen el ejercicio de facultades extraordinarias por parte de cualquiera de los poderes del Estado. Se indicó allí que la falta de vigencia del estado de derecho durante el período 1976/1983 en el que las Fuerzas Armadas tuvieron el control absoluto del poder tuvo como consecuencia el avasallamiento de todas las garantías individuales protegidas por la Constitución. A su vez, la querella sostuvo que las leyes de "Obediencia Debida" y "Punto Final" consagraron la impunidad de hechos aberrantes e impidieron el ejercicio de la facultad propia del Poder Judicial para juzgar esos delitos configurándose, de esta manera, la situación que el Artículo 29 de la CN pretende evitar. La introducción de este argumento amerita que se efectúe un estudio de la doctrina que se deriva del artículo 29 de la CN y de sus consecuencias.

En el artículo 29 de la C.N. se establece que: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria".

Un análisis a primera vista del contenido de este artículo permite inferir que le está vedado a los legisladores (nacionales o provinciales) la **concesión** al Poder Ejecutivo (nacional o provincial) de facultades extraordinarias, de la suma del poder público y, el otorgar sumisiones o supremacías, por los que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de los gobiernos o de persona alguna. De esta primera lectura, parecería inferirse –exclusivamente– que el constituyente estatuyó esta norma sólo como una prohibición dirigida a los legisladores.

Sin embargo, la concesión de poderes extraordinarios al Poder Ejecutivo no es la única situación que el art. 29 de la Constitución Nacional pretende evitar. Como se verá, el alcance de lo contemplado por esta disposición resulta más amplio. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, se derivan de este precepto constitucional, la prohibición de la **asunción** del Poder Ejecutivo de facultades excepcionales y la prohibición del **ejercicio** de dichos poderes totalitarios.

Sobre la base del análisis de los antecedentes históricos que llevaron al constituyente de 1853/60 a la sanción del artículo 29 CN la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el caso "Fernández, Marino A. y Argemi, Raúl s/tenencia de arma de guerra" (Sala I, causa nro. 18.057, fallada el 4 de octubre de 1984) sostuvo que la prohibición contenida en este artículo alcanzaba a la **asunción** del Poder Ejecutivo de facultades excepcionales, y a la vez, sostuvo que este precepto constitucional estaba dirigido a la protección del individuo contra el ejercicio totalitario del poder derivado de una concentración de funciones.

Al respecto el juez Gil Lavedra, en el citado fallo, afirmó: "Pocas disposiciones de nuestra Carta Magna cuentan con antecedentes históricos tan dolorosamente significativos como este art. 29. Contrariamente a la creencia común, su inclusión en la Constitución no obedece a lo ocurrido durante la época de Rosas, ni su sentido es sólo el literal de la primera parte de su texto, de impedir que el Poder Legislativo otorgue al Ejecutivo atribuciones prohibidas, sino que también se encuentracomprendida, a mi juicio, la **'asunción'** de facultades excepcionales. Conforme se desprende de sus orígenes, el propósito de la norma es prohibir que el Ejecutivo conculque, invocando razones de necesidad, de urgencia o de estado, los bienes básicos que la Constitución asegura al individuo. Por otra parte, la expresión 'Actos de esta naturaleza', da clara cuenta de que la concesión legislativa de poderes tiránicos es sólo un ejemplo, quizás el más palpable en la experiencia inmediata de los constituyentes, de la conducta genérica que se trata de evitar: una acumulación de atribuciones que permita la actuación estatal sin límites y en desmedro de las garantías individuales".

En el mismo sentido, se pronunció la Sala II del mencionado tribunal, agregando a la afirmación de que el art. 29 de la CN vedaba la asunción de la suma del poder público, la conclusión fáctica de que las fuerzas armadas asumieron y ejercieron la suma del poder público. Así quedó plasmada esta idea en el voto del juez Ledesma: "... el artículo 29 de la Constitución Nacional determina: '[...]'. Que la conducción que las Fuerzas Armadas imprimieron a su actuación en este terreno constituyó **el ejercicio de la suma del poder público**, atribuida por vía legislativa de facto a los distintos organismos que llevaron adelante aquella contienda armada, por lo que tales conductas no son susceptibles de ser amnistiadas. También constituye una **asunción** de la suma del poder público por parte de las fuerzas armadas, por arbitraria arrogación de facultades extraordinarias, el dictado, fuera de toda oportunidad y en contra de la unánime opinión nacional, de esta ley [la de "Autoamnistía" Nro. 22.924]" (cfr. causa nro. 3438 caratulada "Rolando Vieira, Domingo Manuel y otros s/infracción arts. 189 bis y 292 del Código Penal", fallada el 6 de marzo de 1985).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, se pronunció sobre el alcance de las

> ***Ya en el ejercicio de facultades extraordinarias, las juntas militares condujeron sus acciones avasallando todas las garantías constitucionales, de manera que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced de la voluntad del gobierno ilegítimamente constituido.***

prohibiciones contenidas por el artículo 29 CN en el caso registrado en Fallos 309:1689, incluyendo entre éstas a la prohibición de la asunción por parte del Poder Ejecutivo de la suma del poder público (o de facultades extraordinarias). En tal sentido se afirmó: "... el art. 29 de la Constitución Nacional sanciona con una nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones, por un lado, y un avasallamiento de las garantías individuales que nuestra Carta Magna tutela, por otro. La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo **asuma** facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza. El gobierno llamado Proceso de Reorganización Nacional, invocando razones de aquella índole, usurpó el poder y subordinó la vigencia de la Constitución Nacional al cumplimiento de sus objetivos" (del considerando 6 del voto conjunto de los jueces Petracchi y Bacqué, en la "Causa 13"; en igual sentido se pronunció el ministro Fayt en el caso "Basilio Arturo Lami Dozo", Fallos 306 (1): 911, considerando 7; el resaltado me pertenece).

Ninguna duda cabe del hecho de que la Junta militar que tomó el poder el 24 de marzo de 1976 asumió la suma del poder público y que se arrogó facultades extraordinarias. Como ha sido destacado al comienzo de esta resolución, mediante el Acta del 24 de marzo de 1976, la Junta Militar apenas constituida declaró caducos los mandatos del Presidente de la Nación Argentina y de los Gobernadores y Vicegobernadores e interventores federales en las provincias, disolvió el Congreso Nacional, las Legislaturas Provinciales, la Sala de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los Concejos Municipales de las provincias u organismos similares; y removió a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador General de la Nación y a los integrantes de los Tribunales Superiores Provinciales.Este acto de asunción implicó, como aquí se sostiene, reunir la suma del poder público, dado que todos los poderes del estado –sin excepción– quedaron a merced del gobierno militar.

Ya en el ejercicio de facultades extraordinarias, las juntas militares condujeron sus acciones avasallando todas las garantías constitucionales, de manera que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced de la voluntad del gobierno ilegítimamente constituido. La proscripción de las organizaciones políticas y sociales, la instauración de la pena de muerte constituyen sólo una manifestación del ejercicio de las facultades extraordinarias. La instauración de un sistema clandestino de represión mediante el cual se secuestraba, torturaba y mataba sistemáticamente a seres humanos constituye un extremo que da cuenta de que el gobierno de facto avasalló todos y cada uno de los derechos del hombre libre consagrados por la Constitución Nacional.

Es por ello que difícilmente puede haber un ejemplo más claro de lo que el Art. 29 quiere evitar al condenar la suma del poder público, el ejercicio de facultades extraordinarias y "actos de esta naturaleza" que el **terrorismo de estado** instalado por el régimen de facto (1976–1983).

Los hechos investigados en la presente causa, como se dijo, se inscriben en este contexto histórico y en este marco fáctico general. Así, cabe concluir que los delitos que sufrieran José Liborio Poblete Roa y Gertrudis Marta Hlaczik constituyen hechos que importan una manifestación del ejercicio de la suma del poder público que llevó adelante la dictadura militar, o, si se quiere, constituyen una manifestación (entre tantas otras) de las facultades extraordinarias ejercidas por el último gobierno de facto.

Como se ha demostrado con anterioridad, las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" son disposiciones asimilables a amnistías que consagran la impunidad de hechos que, como en el caso, constituyeron delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto por el artículo 29 de la Constitución Nacional ¿es amnistiable un hecho que implica la concesión o la propia asunción de la suma del poder público? y, en este mismo contexto, ¿el ejercicio de la suma del poder público o de facultades extraordinarias puede ser amnistiado?

Para responder a estos interrogantes resulta necesario determinar los alcances de la doctrina del art. 29 de la Constitución Nacional. Para ello cabe recurrir a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que ese tribunal se pronunció acerca de la posibilidad de que el Congreso Nacional dicte amnistías por hechos cometidos en la esfera de prohibición por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En los autos "Juan Carlos García y otros in re: Juan Domingo Perón y otros", fallada el 8 de febrero de 1956 (Fallos 234:16) la Corte Suprema tuvo que pronunciarse sobre una excepción de amnistía interpuesta por varios legisladores que solicitaban que se les apliquen los beneficios de la Ley nro. 14.296 y el decreto–ley 63/55. Estos legisladores se encontraban procesados por el delito de traición a la patria según lo previsto art. 20 de aquél texto de la Constitución Nacional (idéntico al actual 29 de la CN) por haberle otorgado al entonces presidente Juan D. Perón la suma del poder público.

Sebastián Soler, entonces Procurador General de la Nación, afirmó que el delito contenido en el artículo 20 de la Constitución Nacional era inamnistiable por el Congreso Nacional en ejercicio de las potestades legislativas comunes. Sostuvo, en tal sentido, que constituía un error la aplicación de una ley de amnistía para el delito contenido en el artículo 20 CN.

Soler, en su dictamen, manifestó:"Estriba dicho error en asignar al Poder Legislativo, o al que ejerza las funciones propias de éste, la atribución de amnistiar un hecho que, por la circunstancia de estar expresamente prohibido por la Constitución Nacional, se halla, a todos sus efectos, fuera del alcance de la potestad legislativa. De no haberse previsto en la Carta Fundamental el supuesto de su artículo 20, no habría podido la legislación, sin allanar los fueros parlamentarios, calificar penalmente la prohibición que contiene este precepto, cuya incorporación constitucional es el único fundamento jurídico de su validez represiva. [...] Aceptar en semejantes condiciones que los sujetos de tal exigencia tienen la facultad de enervarla mediante leyes de amnistía, significa tanto como admitir el absurdo de que es la Constitución misma la que pone en manos de éstos el medio de burlarla, o bien dar por sentada la incongruencia de que la imperatividad de la norma, expresada en términos condenatorios de singular rigor, no depende sino de la libre voluntad de quienes son precisamente sus destinatarios exclusivos. Se trata en la especie de un delito que sólo puede cometerse en el desempeño de un poder político, que afecta la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, y que deriva de una disposición constitucional. Es por eso que corresponde tener particularmente en cuenta que la amnistía, en cuanto importa en cierta medida la derogación de un precepto, no puede ser dispuesta sino por el mismo poder que se halle investido de las atribuciones que se requieren para sancionarlo".

Se desprende de esta última afirmación que sólo una Convención Constituyente podría amnistiar un delito previsto por la propia Constitución, dado que este órgano es el único que se encuentra investido de las atribuciones que se requieren para modificar o derogar algún precepto constitucional (Art. 30 C.N).

Soler continuó su dictamen indicando: "En resumen, el verdadero sentido del artículo 20 es el de consagrar una limitación a las atribuciones de los poderes políticos, y el de considerar el exceso a los límites impuestos como una grave transgresión a cuyos autores estigmatiza con infamia. Y si la Constitución se ha reservado exclusivamente para sí ese derecho, quienes quisieran de algún modo interferirlo a través de la sanción de una ley de amnistía, se harían pasibles, en cierta medida, de la misma transgresión que quieren amnistiar"

Por su parte, la Corte Suprema seguidamente falló en el caso concluyendo que una ley de amnistía, que en su contenido comprendiera el delito comprendido por el artículo 20 (ahora 29) de la Constitución Nacional, carecería de validez dado que sería contraria a la voluntad superior de la propia Constitución.

Al respecto, con el voto unánime de sus miembros, afirmó: "Que de los antecedentes de la causa resulta que los hechos que se imputan a los procesados encuadran 'prima facie' dentro de los establecidos por el artículo 20 de la Constitución, que prescribe: '[...]'. Que los términos enfáticos en que está concebida, los antecedentes históricos que la determinaron y la circunstancia de habérsela incorporado a la ley fundamental de la República, revelan sin lugar a dudas que la disposición citada constituye un límite no susceptible de franquear por los poderes legislativos comunes, como son los que ejerce el Congreso de la Nación cuando dicta una ley de amnistía por delitos del Código Penal y de leyes accesorias, o un gobierno revolucionario fuera de los límites primordiales de la revolución; en consecuencia, la amnistía que expresamente comprendiera en sus disposiciones el delito definido por dicho precepto constitucional, carecería enteramente de validez como contraria a la voluntad superior de la Constitución".

> ***La regla que establece la imposibilidad de amnistiar delitos que importan el ejercicio de la suma del poder público en el sentido del artículo 29 de la Constitución Nacional ha sido aplicada por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital.***

En síntesis, esta doctrina sienta un principio que limita el poder de amnistiar que se encuentra dentro de la órbita del Poder Legislativo (art. 75 inc. 20 de la C.N). La facultad del Congreso nacional de dictaramnistías generales no constituye una prerrogativa ilimitada, exorbitante, ni insusceptible de control. Concordantemente con lo expuesto por la Corte Suprema en el fallo citado la doctrina reconoce que el Congreso no puede amnistiar delitos tipificados por la Constitución en

razón de que el Poder Legislativo, como poder constituido está imposibilitado de alterar o modificar y menos aún olvidar o anular, disposiciones superiores como son las conductas descriptas por los Artículos 15 (prohibición de la esclavitud), 22 (sedición), 29 (concesión de la suma del poder público o de facultades extraordinarias) y 119 (traición a la patria) de la Constitución Nacional dado que éstas son emanadas del Poder Constituyente (cfr. entre otros, Bidart Campos, Germán J., "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 582; y, Romano, Otilio Roque, "Inconstitucionalidad de la Proyectada Ley de Amnistía", Jurisprudencia Argentina, 1983, IV, p. 628 y ss.).

De lo desarrollado hasta aquí, queda claro que es doctrina de la Corte Suprema que los integrantes de una legislatura que concedieran al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público no podrían ser amnistiados. Aún resta evaluar si, también, quien asume y/o ejerce las facultades extraordinarias puede ser amnistiado.

Para analizar este supuesto debemos recurrir al precedente de la CSJN (Fallos 247:387) del 25 de julio de 1960. En esa oportunidad, Juan D. Perón, quien supuestamente había asumido y ejercido la suma del poder público concedida por los legisladores, se encontraba procesado por traición a la patria (art. 29 CN). Por este hecho, solicitó que se le aplicaran los beneficios de la ley de amnistía 14.436 por la que se disponía un amplio perdón para todos los delitos políticos, comunes conexos o delitos militares conexos hasta la fecha de sanción de la ley. En ese caso la Corte Suprema se pronunció de la siguiente manera:

"Que con motivo del requerimiento formulado por Juan Domingo Perón, quien solicitó se declarara extinguida la acción penal relativamente al delito de traición a la patria que se le imputa, invocando a ese efecto las disposiciones de la ley 14.436..., la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contenciosoadministrativo de la Capital Federal confirmó la sentencia del Sr. Juez de Primera Instancia... y dispuso no hacer lugar 'a la excepción de amnistía' deducida en orden 'al delito previsto en el art. 227 del Código Penal' [...] Que... es manifiesto que las pretensiones que el apelante expresa sobre el punto no son atendibles, concorde a la doctrina que esta Corte estableció en el precedente de Fallos: 236:16. De acuerdo con ella, entonces, corresponde declarar que los beneficios de la ley 14.436 no son extensivos a delitos como el que motiva las presentes actuaciones, ya que el art. 29 de la Const. Nacional –que categóricamente contempla la traición a la patria– representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías" (de los considerandos 1 y 5).

El contenido de este precedente deja contestado el interrogante anteriormente formulado: quienes hayan **ejercido** las facultades extraordinarias (o la suma del poder público) prohibidas por el artículo 29 de la Constitución Nacional **no pueden ser amnistiados** por una ley del Congreso en ejercicio de sus facultades legislativas comunes.

Las conclusiones a las que arriba Marcelo Sancinetti a este respecto resultan por demás convincentes, y no cabe más que seguirlas en su totalidad: "**Cualesquiera que fuesen los límites del art. 29 de la Const. Nacional en su relación con el más estrecho art. 227 del Cód. Penal –en lo que se refiere a la descripción y punición de la 'conducta típicamente prohibida'–, en cualquier caso el Congreso carecería de facultades para amnistiar el ejercicio de la suma del poder público, el ejercicio, en definitiva, del poder tiránico, en la medida en que en este ejercicio fueran cometidos delitos por los que 'la vida, el honor y la fortuna delos argentinos quedaran a merced de los gobiernos o persona alguna'. Por ende, cuando los actos ejercidos por el poder omnímodo fuesen delictivos conforme a la ley penal por su propia configuración (homicidios, asesinatos, torturas, privaciones de la libertad, etcétera) sería imposible amnistiarlos**" (cfr. La Protección...", ob. cit, p. 282/3, el resaltado corresponde al original).

Seguidamente, este destacado jurista afirma: "... de resultas de la doctrina de Fallos, 234:16 y de la de Fallos, 247:387, los delitos cometidos como derivación del ejercicio de la suma del poder público –por los que '...la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna' (art. 29, Const. Nacional)– son insusceptibles de amnistía. Y si el Congreso Nacional no puede amnistiar tales hechos por el contenido material de los hechos mismos, entonces, mucho menos podrá indultarlos el Poder Ejecutivo. Este, en efecto, no podrá indultar ni la concesión de la suma del poder público concretada por legisladores, ni los delitos cometidos por el Ejecutivo en el ejercicio de tal poder proscrito [...]. En pocas palabras: se trata de hechos que no admiten la posibilidad de amnistía ni de indulto" (cfr. "La Protección...", ob. cit, p. 282/3, el resaltado corresponde al original).

En nuestro caso, la privación ilegal de la libertad que sufrieran respectivamente José Liborio Poblete y Gertrudis Hlaczik (sin perjuicio de los otros hechos ilícitos que surgen de la causa) constituye sólo una de las manifestaciones del ejercicio poder tiránico que usurpó el poder entre 1976 y 1983. Ha quedado debidamente acreditado en la causa, que las vidas de las mencionadas víctimas y la de su hija Claudia Victoria quedaron a merced del gobierno usurpador. Como ya ha sido expresado, estos hechos constituyen una muestra del ejercicio de la suma del poder público. Como tales, siguiendo a Marcelo Sancinetti, estos actos delictivos conforme a la ley penal, llevados a cabo en el ejercicio del poder total, resultan insusceptibles de amnistía.

La regla que establece la imposibilidad de amnistiar delitos que importan el ejercicio de la suma del poder público en el sentido del artículo 29 de la Constitución Nacional ha sido aplicada por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital en los citados casos "Fernández, Marino A. y Argemi" (Sala I) y "Rolando Vieira, Domingo Manuel y otros" (Sala II); y también ha sido observada en el voto conjunto de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Petracchi y Bacqué, en oportunidad de revisar la sentencia pronunciada en la "Causa 13". En los tres casos, se analizó la validez de la ley de "Autoamnistía nro. 22.924" a la luz de el precepto constitucional en estudio

En el voto del Juez Ledesma, correspondiente al caso "Rolando Vieira" se afirmó "... el artículo 29 de la Constitución Nacional determina: '[...]'... la conducción que las Fuerzas Armadas imprimieron a su actuación en este terreno constituyó el ejercicio de la suma del poder público, atribuida por vía legislativa de facto a los distintos organismos que llevaron adelante aquella contienda armada, por lo que tales conductas **no son susceptibles de ser amnistiadas**" (el destacado me pertenece).

Por su parte, el juez Gil Lavedra en la causa "Fernández y Argemi" sostuvo al respecto: "La ley del gobierno militar n 22.924, al declarar extinguidas las acciones penales derivadas de todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión, o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las actividades terroristas o subversivas, intentó dejar en la impunidad hechos brutales que desconocieron la dignidad humana y que se hallaban comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Nacional. La posibilidad de amnistiarse a sí mismo es algo vedado para el Congreso de la Nación, y con mayor razón para quien por la fuerza usurpe funciones, habiendo declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que **el artículo 29 representa un límiteinfranqueable que el Poder Legislativo no puede sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías** (Cfr. Fallos: 247:287)" -el destacado me pertenece–. La referencia en este voto a la "autoamnistía" puede dejar lugar a alguna interpretación que considere que el Congreso Nacional sí podría amnistiar actos comprendidos por el artículo 29 CN (siempre y cuando el Congreso no se amnistíe a sí mismo). Sin embargo, debe entenderse de este voto –como afirma Sancinetti cuando analiza el mismo pasaje de este fallo– que la imposibilidad de dictar amnistías deriva de la naturaleza de los hechos comprendidos por el artículo 29 y no de la circunstancia de que sea el Congreso (o el órgano que funcione como tal) el que se amnistíe a sí mismo (cfr. al respecto, Sancinetti, ob, cit, p. 284).

A su vez, los jueces Bacqué y Petracchi, en su voto conjunto de Fallos 309:1689, con relación a la validez de la ley 22.924 y su vinculación con el art. 29 de la CN afirmaron: "Que el art. 29 de la Constitución Nacional sanciona con una nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones, por un lado, y un avasallamiento de las garantías individuales que nuestra Carta Magna tutela, por otro. La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza. El gobierno llamado Proceso de Reorganización Nacional, invocando razones de aquella índole, usurpó el poder y subordinó la vigencia de la Constitución Nacional al cumplimiento de sus objetivos. Así, la falta de un estado de derecho –único capaz de garantizar el respeto de los derechos individuales–, sumada al control omnímodo del poder por parte de los encausados, tuvo como consecuencia el desconocimiento absoluto de aquellas garantías. Tales circunstancias, alcanzaron su máxima expresión con el dictado in extremis de la llamada 'Ley de Pacificación Nacional', en la que se plasmaron las dos hipótesis prohibidas por el art. 29 de la Constitución Nacional. En efecto, la aplicación de la regla en análisis tuvo como consecuencia que quedaran impunes hechos que desconocieron la dignidad humana y, asimismo, excluyó del conocimiento del Poder Judicial el juzgamiento de tales ilícitos, alcanzando de ese modo los extremos que el art. 29 de la Constitución Nacional rechaza enfáticamente, por lo que dichos actos carecen en absoluto de efectos jurídicos. Que, en razón de lo expuesto, necesario es concluir que la inconstitucionalidad de la ley de facto 22.924 resta a esta regla todo valor jurídico" (del considerando sexto).

Cabe recordar que la ley de facto 22.924 amnistiaba la totalidad de los delitos cometidos por el poder militar y no solamente la asunción y el ejercicio de la suma del poder público. Es decir también comprendía a los delitos comunes cometidos en el marco de ese ejercicio de poder omnímodo, como homicidios, privaciones de la libertad, torturas, etc. La nulidad decretada por vía legislativa (ley 23.040) de la amnistía consagrada en la ley de facto 22.924 alcanzó también a la totalidad de los delitos que pretendieron ser amnistiados; esto es, no sólo abarcó la asunción de la suma del poder público sino también comprendió a aquellos delitos comunes cometidos en el marco de ese ejercicio.

En síntesis, de la doctrina emanada de estos precedentes puede inferirse que los hechos ilícitos que son llevados a cabo en ejercicio del poder total prohibido por el art. 29 de la Constitución Nacional no son susceptibles de ser beneficiados por una ley de amnistía ni una medida análoga.

Con toda razón, concluye Marcelo Sancinetti: "... la jurisprudencia de la Corte de 1956 y 1960, reiterada por la Corte de la era Alfonsín en 1986, establece una doctrina que atiende a la inamnistiabilidad de cierta clasede hechos: el conceder, formular, firmar o consentir facultades extraordinarias, la suma del poder público, "...por las que la vida, el honor y la fortuna..." (art. 29, Const. Nacional). En ningún caso se trata, pues, de una proscripción limitada a la amnistía de sí mismo, como podría sugerirlo una lectura poco atenta del voto de Bacqué y Petracchi en la causa de los ex comandantes. De todo esto se deriva que actos que impliquen la asunción de la suma del poder público no pueden ser amnistiados, ni por una ley de facto, ni por una ley de jure. Y si los hechos cometidos durante la dictadura militar habían constituido una manifestación de la asunción de la suma del poder público en el sentido del art. 29 de la Const. Nacional y por esto no habían podido ser amnistiados legítimamente ni siquiera en su condición de delitos contra la vida, contra la integridad corporal, contra la libertad, etcétera, lo mismo se puede decir ante el dictado de cualquier ley que, como las de 'Punto Final' y 'Obediencia Debida', conducían a una consecuencia similar. En pocas palabras, así como la ley 23.040 pudo anular la ley 22.924, se podría anular ahora las leyes 23.492 y 23.521." ("La protección....", Ob. cit, p. 476, el destacado corresponde al original).

Al igual que ocurriera con la ley 22.924, las leyes 23.492 y 23.521 tienen como consecuencia que queden impunes hechos que desconocieron la dignidad humana y excluyen del conocimiento del Poder Judicial el juzgamiento de tales ilícitos. Por lo tanto, las consecuencias de estas leyes alcanzan los extremos que el art. 29 de la Constitución Nacional rechaza enfáticamente, por lo que, estas leyes denominadas "Ley de Punto Final" y "Ley de Obediencia Debida" carecen, para el caso, de efectos jurídicos: llevan consigo una nulidad insanable.

Juez federal Gabriel Cavallo.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO:

I. DECLARAR INVALIDO el art. 1 de la ley 23.492 por ser incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9), y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 18 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados).

II. DECLARAR INVALIDOS los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9), y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 18 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados).

III. DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD y la NULIDAD INSANABLE del art. 1 de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521 (Art. 29 de la Constitución Nacional).

IV. Citar a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón y a Juan Antonio del Cerro (art. 294 C.P.P.N.) para el día 15 y 20 del corriente, respectivamente.

V. Notifíquese por cédula a diligenciar en el día.

Gabriel R. Cavallo
Juez federal